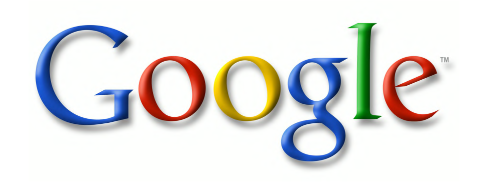
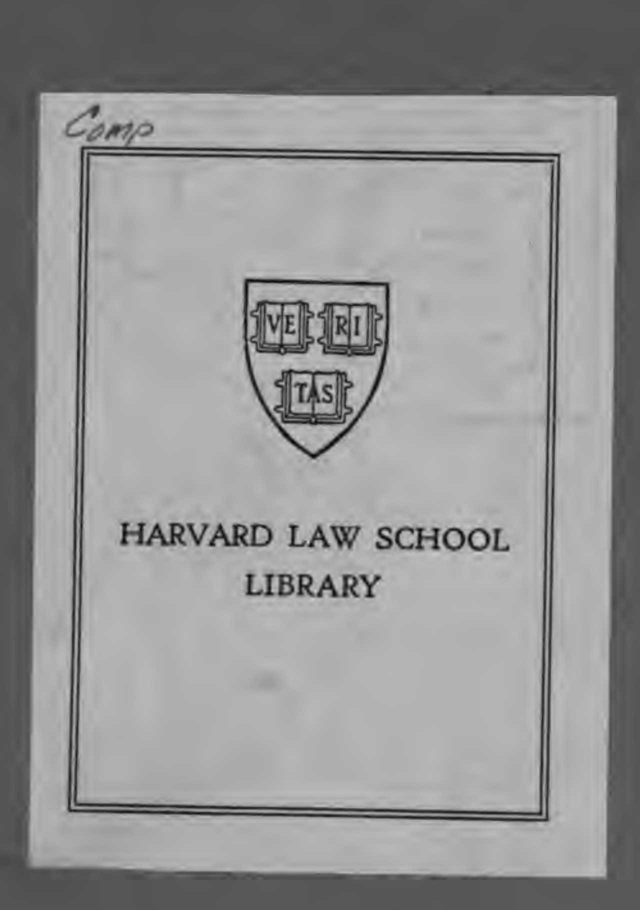






INTRODUCTION

AU

DROIT COMPARÉ

PAR

LÉON PAUMIER

AVOCAT

DOCTEUR EN DROIT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE RENNES

1° Prix Droit Civil, 1899;

2° Prix Droit International Privé, 1899.



NANTES

R. GUIST'HAU, A. DUGAS, Succr, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

5, QUAI CASSARD, 5

1902

For Ty P

BIBLIOGRAPHIE

I

Documents du Congrès International de Droit comparé

Rapports

ADAM (Léon), avoué à Yvetot. — « Note sur le régime matrimonial de droit commun et les différents régimes admis en France. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1900, p. 562.)

CHAUSSE, prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Montpellier. — « Observations sur le rapport de M. Kahn. »

COMBES DE LESTRADE (Vte). — « Le Gouvernement parlementaire : ses transformations et son fonctionnement dans les divers pays. La théorie du régime parlementaire telle qu'elle se dégage de l'évolution comparative des institutions. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1900, p. 586.)

DARRAS, docteur en droit, associé de l'Institut de Droit international. — « Des modes d'information relatifs à la connaissance et à l'application des lois étrangères : statistiques, communications internationales, preuve du droit étranger. » (Ce rapport a paru dans le *Journal de Droit int. privé*, 1901.)

DEMOGUE et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — « Les progrès du régime pénitentiaire ; de l'influence exercée par la

comparaison des lois étrangères sur les modifications apportées au régime pénitentiaire sous ses formes diverses métropolitaines et coloniales. » (*Bull. de la Soc. de Lég. comp.*, 1899-1900, p. 672.)

DESLANDRES, prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Dijon. — « Observations sur la fonction et la science du droit comparé par rapport au droit public. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1900, p. 507.)

DUPRIEZ (L.). — « Le Gouvernement parlementaire en Belgique. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1900, p. 604.)

ESMEIN, prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Paris. — « Le droit comparé et l'enseignement du droit. » (*Bull. Soc. d. c.*, 1900, p. 373.)

GAUDEMET (E.), prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Dijon. — « Rôle, fonction, méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé. »

HUBERT-VALLEROUX, av. à la C. d'Appel de Paris. — « De la personnalité civile. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 552.)

KAHN (F.), juge de bailliage à Mannhein. — « Rôle, fonction et methode du droit comparé dans le domaine du droit international privé. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 406.)

KOVALEWSKY, membre correspondant de l'Académie des Sciences de Saint-Pétersbourg. — « La sociologie et l'histoire comparée du droit. »

LACHAU, av. à la C. d'Appel de Paris. — « Des moyens à employer pour aboutir à une entente entre les différents pays, soit par voie d'union internationale, soit par voie

de traités particuliers, au sujet de la compétence judiciaire et de l'exécution des jugements. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 538.)

LAMBERT. — « Rapport sur la fonction, la méthode, l'histoire et l'enseignement du droit comparé. »

LARNAUDE, prof. à la Fac. de Dt de Paris. — « Le droit comparé et le droit public. »

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Voir DEMOGUE.

LE POITTEVIN, prof. à la Fac. de Dt de Paris. — « Fonction du droit comparé par rapport à la criminologie. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 517.)

LYON-CAEN, prof. à la Fac. de Dt de Paris. — « Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit commercial. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 503.)

MEYNIAL, prof. à la Fac. de Dt de Montpellier. — « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres. »

MITTERMAÏER (Wolfgong), prof. à l'Un. d'Heidelberg. — « La question à traiter doit être ainsi comprise : Quelles idées dominent dans la doctrine et la législation de l'Allemagne sur les meilleurs procédés de lutte contre le crime ? » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 640.)

PIC, prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Lyon. — « Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine de la législation économique et sociale et spécialement de la législation ouvrière. »

POLLOCK, prof. à l'Un. d'Oxford. — « Le droit comparé : Prolégomènes de son histoire. »

SALEILLES (R.), prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Paris. — « Rapport présenté à la Commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès. »

— « Conception et objet de la science du droit comparé. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 383.)

SAVORNIN-LOHMAN (DE). — « Le Gouvernement parlementaire dans les Pays-Bas. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 578.)

TARDE, prof. au Collège de France. — « Le droit comparé et la sociologie. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, p. 529.)

THALLER, prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Paris. — « De la nécessité d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions ; application à la lettre de change. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1901, p. 782 et suiv.)

WEISS (A.), prof. à la Fac. de Dt de l'Un. de Paris. — « Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1900, p. 417.)

VERNES. — « La représentation proportionnelle ; ses progrès, ses résultats dans les différents pays. » (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1900, p. 630.)

ZITELMMANN, prof. à l'Un. de Bonn. — « Des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé. »

Journal du Congrès international de Droit comparé, paru les 2, 3, 4 et 11 août 1900.

II

Ouvrages

AUBRY (J.). — « De la notion de territorialité en droit international privé. » 1902. Marchal et Billard. (Extrait du *Journal de Droit intern. privé,* 1900, 1901, 1902.)

AUERBACH. — « Les races et les nationalités en Autriche-Hongrie. » Paris, Alcan, 1898, p. 10 et 131.

BARTIN. — « Études de droit international privé. Les dispositions d'ordre public! » P. 217 et suiv.

BOURJON. — « Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes. » Paris, 1747.

CHAMPCOMMUNAL. — « Examen critique et comparé du projet de réforme du code pénal français. »

CILLEULS (DES). — « Histoire de la grande industrie en France aux XVIIe et XVIIIe siècle. » (Analysé dans la *Revue Critique,* 1898, p. 525.)

COQUILLE (Guy). — « Questions, responses et méditations sur les articles des coustumes, » dans *Œuvres,* t. II. Paris, 1665, p. 153.

DARESTE. — « Études d'histoire du droit. » Paris, 1889, p. 8, 47, 74, 291, 331 et 349.

DRIAULT (Édouard). — « Les problèmes politiques et sociaux à la fin du XIXe siècle. » Paris, Alcan, 1900.

ESMEIN. — « Cours élémentaire d'histoire du droit français. » 1892, not. p. 711, 742 et suiv.

Espinas. — « Histoire des doctrines économiques. » Paris, A. Colin.

Garreau. — « Précis de droit criminel. » 5e édition, 1895, p. 640.

Gény. — « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. » Chevalier-Maresq, 1899, notamment p. 115 et suiv., 169 et suiv., 338 et suiv., 460 et suiv.

— « La notion du droit positif à la veille du xxe siècle. »

Gide. — « Morale sociale. » Paris, Alcan, 1899, p. 214.

Girard. — « Manuel élémentaire de droit romain. » 2e édit., p. 470 ; 948, note 1 ; 130, n. 1 ; 131, n. 4 ; 164, n. 1 ; 171, n. 4 ; 238 ; 239 ; 251, n. 3 ; 252, n. 1, 2, 3, 4 ; 384, n. 1 ; 397, n. 2 ; 945, n. 2 ; 948, n. 1 ; 772, n. 1.

Glasson. — « Étude sur Gaïus et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain. » Pedone Lauriel, 1885.

Grasserie (de la). — « Étude critique sur le projet de révision du code de procédure civile présenté à la Chambre des Députés, le 25 octobre 1898, et sur la réforme de la procédure. » Larose, Paris, 1901.

Guihaire (René). — « De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté. » Thèse, Rennes, 1900, spécialement p. 239, 273.

Gumplowicz. — « Précis de sociologie. » Traduit de l'allemand par Charles Baye, 1896, p. 38 et suiv., 77, 120, 260, 310 et suiv.

Janet. — « Traité de Philosophie, » p. 99 à 101.

Jhering (Rudolf Von). — « L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Traduit par O. de Meulenacre, 2e édit., t. I, p. 7, 8, 26, 65 et suiv. ; t. III, p. 25, 119.

Jitta. — « La codification du droit international de la faillite. » Analysé dans la *Revue crit.*, 1895, p. 538.

Laferrière. — « De l'influence du stoïcisme sur la doctrine de jurisconsultes romains. » *Séances et Travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, t. LI, p. 193, et t. LII, p. 5.

Lainé. — « Introduction au droit international privé. » 1888, t. I, p. 32 et suiv., p. 73, p. 270.

Lambert. — « Les traditions romaines sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative. » Giard et Brière, 1901. Analysé dans la *Nouvelle Revue historique*, 1902, p. 210.

— (Sous presse.) « Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé. »

Lavisse et Rambaud. — « Introduction à l'histoire générale, du IVe siècle à nos jours. » P. 3 et 4.

Lyon-Caen et Renault. — « Traité de droit commercial. » 2e édit., t. I, nos 45 à 74.

Malécot. — « Du régime des individus pourvus d'un conseil judiciaire. » Thèse, Rennes, 1900, p. 55.

Mannoury La Cour. — « Étude sur l'anthropométrie judiciaire et sur le casier judiciaire. » Thèse, Rennes, 1902, p. 16, 178.

MARTIN (Germain). — « La grande industrie en France sous le règne de XV. » Paris, 1900.

MATTEUZI (Dr A.). — « Les facteurs de l'évolution des peuples ou l'influence du milieu physique et tellurique sur l'hérédité des caractères acquis dans l'évolution et la dissolution des peuples » Traduit de l'italien par M. DE GAMOND. Paris, Alcan, 1900.

MONTESQUIEU. — « Esprit des Lois. »

PETIT DE JULLEVILLE. — « Histoire de la langue et de la littérature française. » T. VIII, p. 904.

PICHOT DE CHAMPFLEURY. — « De l'administration légale des biens des enfants mineurs en droit français. » Thèse, Rennes, 1901, p. 40 et 80.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil. » T. I, p. 2, 11 et 44.

POULLAIN DU PARC. — « Principes du droit français suivant la coutume de Bretagne. »

QUOIDBACH. — « Persistance du caractère national des Belges. » Mémoire couronné par l'Académie royale de Bruxelles. (Dans le *Recueil* de ces *Mémoires*, t. 28.)

SALEILLES (A.). – « Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil allemand. » Pichon, 1890, p. 193, 208 et 355.

— « Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand. » Pichon, 1901.

SKARZYNSKI (Cte Louis). — « Le progrès social à la fin du XIXe siècle. » Paris, Alcan, 1901.

STAMMLER. — « Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. » 1896.

STRAFFA. — « La liquidazione delle societa commerciali. » Firenze, G. Pellos, 1891.

TAINE. — « De l'Intelligence, » P. 323 et suiv.

TARDE. — « Les Lois de l'Imitation. » P. 34 et suiv.; 60, 131, 341 et suiv.

THALLER. — « Les faillites en droit comparé, avec une étude sur le réglement des faillites en droit international. » 2 vol. Paris, A. Rousseau, 1887.

VAREILLES-SOMMIÈRES (DE). — « Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois. »

WEISS. — « Traité théorique et pratique de droit international privé. » T. III, p. 9; 15 à 45.

VERDELOT. — « Le bien de famille en Allemagne et la possibilité de son institution en France. » Paris, Rousseau, 1899.

VIOLLET. — « Histoire du Droit civil français », 2e édit., 1893, p. 250, 260 à 265, 481, 498, 561, 842.

ZITELMANN. — « Internationales Privareckt », I, p. 317 et suiv.

III

Revues françaises et étrangères

Annales de Droit commercial, 1891, p. 219 et suiv.; 1899, p. 83 et 262; avril 1902, p. 57 et suiv.

Annales de Grenoble, 1900, t. XII, n° 1.

Annuaire de Législation française, 1882, p. 67 ; 1884, p. 168 ; 1894, p. 80 ; 1895, p. 40.

Bulletin de la Société de Législation comparée, 1869, p. 30 ; 1875-1876, p. 343, 402 ; 1877-1878, p. 27 ; 1878-1879, p. 104, 464, 482 ; 1882-1883, p. 219 ; 1883-1884, p. 606 ; 1885-1886, p. 66, 208, 334, 560 ; 1888-1889, p. 734 ; 1891, p. 69 ; 1898-1899, p. 83, 97, 116, 151, 193, 260, 498, 513, 518 ; 1899-1900, p. 71, 80, 90, 160, 264 ; 1900-1901, p. 86, 216 ; mars 1902, p. 215 et suiv.

Collection des Lois étrangères, par Victor FOUCHER, de 1833 à 1862.

Jahrbuch der internationalen vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft, t. II, 1896, p. 71 et suiv.

Jahrbuch für Gesetzgebung, Vernaltung und Volkswirthschaft, 1901, p. 407 et suiv.

Journal de Droit intern. privé, 1880, p. 549.

Journal des Savants, 1899, p. 478, 483 et suiv. ; 1900, p. 573.

Journal officiel, 1900, t. II (Chambre-Annexes), p. 963 ; Débats parlementaires, 1890, p. 2084 ; 1897 (Chambre-Annexe), t. II, p. 247, n° 2869.

Nouvelle Revue historique, 1883, p. 613.

Revue critique de Lég. et de Jurisp., 1855, p. 191 ; 1895, p. 538 ; 1896, p. 609 ; 1897, p. 229, 360 ; 1898, p. 145 ; 1900, p. 358 et suiv.

Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1890, p. 40, 152 ; 1900 et 1901 (article de M. Artur).

Revue de Droit international et de Lég. comp., 1869, p. 164 ; 1898, p. 88 ; 1899, t. I, p. 107, 114, 118, 273, 281 ; 1901, p. 448.

Revue d'Économie politique, juin 1902 (art. de M. LÉVEILLÉ).

Revue de Lég. anc. et mod., 1872, p. 55 ; 1873, p. 26 ; 1875, p. 312, 419, 459, 531.

Revue de Sociologie, juin 1901, page 425 et suiv.

Revue internationale de l'Enseignement, 1900, t. I, p. 5 et 6, 144, 206, 241, 248, 250, 533 ; t. II, p. 536 ; 1901, t. II, p. 101.

Revue pénitentiaire, 1897, p. 308.

Revue philosophique, 1886, t. II, p. 61, 595, 597.

Revue trimestrielle de Droit civil, 1902, n° 1, p. 1, 17, 18, 92, 94, 96, 101, 109 et suiv.

Storia di Roma, Turin, t. I, 1898, p. 558 à 604 ; t. II, 1899, p. 546 à 570.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, créée en 1898, à Stuttgard, par MM. BERNHŒFT et Georg COHN.





AVERTISSEMENT

Le 1er août 1900, à 4 heures de l'après-midi, eût lieu, dans la salle des fêtes de l'École de Droit de Paris, l'ouverture solennelle d'un Congrès qui devait avoir un réel retentissement : c'était le Congrès international de Droit comparé qui obtint du jury de l'Exposition la plus haute récompense : une médaille d'or.

Les notabilités du monde scientifique, de la politique, de la magistrature, de l'administration, du barreau, de l'enseignement, les représentants de plusieurs gouvernements s'étaient donné rendez-vous pour assister à cette solennité.

Les Sociétés savantes s'y étaient fait représenter, notamment : La Société de Législation comparée de Londres, l'Association internationale de Droit comparé de Berlin, la Société des Juristes suisses, l'Académie royale de Presbourg, la Société du Barreau de Londres (Lincoln's Inn.), l'Association du jeune Barreau de Montréal (1).

Ce Congrès avait été convoqué par la Société de

---

(1) *Journal de Droit comparé* du jeudi 2 août 1900, p. 3. (Discours de M. PICOT.)

Législation comparée (1). L'occasion était exceptionnelle pour des jurisconsultes qui étudient et veulent connaître le droit des différents pays de provoquer « une sorte de consultation internationale » (2) au moment de l'Exposition.

En fait, la consultation a été fructueuse. Quatre-vingts rapports ont été déposés. Ils comprennent plus de mille pages d'impression, remplissant deux volumes qui n'ont pas encore été publiés. Ces rapports contiennent pour la plupart une analyse savante des échanges de vue et des idées relatives au droit comparé. Ils constituent des travaux préparatoires d'une grande valeur.

Après avoir étudié avec soin la partie de ces documents qui a été très aimablement mise à notre dispo-

---

(1) « Au milieu d'un nombre de Congrès peut-être excessif, traitant de toutes les matières qui ont attiré et fixé l'esprit humain, il était impossible de négliger la science qui règle les relations entre les hommes, la première des sciences sociales, celle qui domine dans le temps par son antiquité, et, dans l'ordre des idées, par la raison dont elle est l'interprète. » (Discours de M. PICOT, président de la Société de Législation comparée, dans le *Journal du Congrès international de Droit comparé* du 2 août 1900, p. 1.) — Parmi les autres Congrès internationaux qui eurent lieu alors, on peut citer : Le Congrès international d'enseignement supérieur, le Congrès international d'histoire comparée, le Congrès international de la presse de l'enseignement, des Congrès internationaux de psychologie, de philosophie, d'histoire des religions, de bibliographie, d'enseignement secondaire, d'enseignement primaire, etc...

(2) Rapport de M. SALEILLES sur l'utilité, le but et le programme des Congrès, p. 1.

sition, nous voudrions faire une introduction au droit comparé. Notre travail a pour but d'exposer les études et les disciplines diverses qui se cachent sous ce nom « droit comparé », de montrer comment elles sont nées, quel est leur intérêt respectif et leur état actuel. Nous l'avons divisé en deux parties : une partie historique qui indique, autant que possible, l'apparition successive ou simultanée de ces différentes variétés ; une partie didactique qui les étudie séparément. Nous faisons précéder notre première partie de quelques notions sur la comparaison en général, qui, croyons-nous, éclairent le sujet en expliquant la diversité des aspects du droit comparé et le lien qui les rattache.



PREMIÈRE PARTIE

Généralités

Qu'est-ce que comparer ? C'est l'action d'examiner deux ou plusieurs objets et de les rapprocher pour saisir leurs rapports et leurs différences (1).

La comparaison est un des modes d'exercice de l'intelligence ; elle n'est qu'une manière d'être de la raison. C'est une réflexion sur des choses, des objets, des idées ou des faits qui ont frappé notre attention.

Elle suppose l'examen des deux concepts qu'il s'agit de rapprocher et leur analyse préalable. Cet examen peut se faire pour des choses réalisées ou même simplement réalisables pourvu qu'on en ait une idée suffisamment juste et précise. Quand il est terminé, on réduit

---

(1) Comparaison : Latin : *comparatio ; de comparare :* comparer, réunir ; de la racine sanscrite *pâ :* faire, mettre. Dans le sens de mettre, la racine *pâ* a produit la préposition *apa* (*a* privatif) marquant un déplacement, un mouvement vers le bas. C'est ainsi que s'explique *apara*, autre, plus éloigné, ultérieur, car une des terminaisons affectées au comparatif en sanscrit est *tara* et parfois *ra* tout court, Dans le sens de autre, *apara*, a fourni à la langue latine, *par*, pair. égal, et *impar*, impair, inégal. De *par* est venu *parare* qui signifie proprement « mettre de pair », ajouter l'un à l'autre », puis *comparare*, mettre l'un à côté de l'autre, comparer.

les deux concepts, par l'abstraction, aux éléments idéaux qu'ils comprennent (1). Les deux actes d'attention préliminaires sont fondus en un seul et même acte qui s'applique à la perception des rapports et des différences (2).

Il est facile de comprendre tous les fruits d'une pareille méthode.

Si la comparaison « n'est pas possible pour les choses tout à fait semblables ou celles qui n'ont entre elles aucun rapport (3) », elle est d'un précieux secours pour toutes celles qui ont entre elles un point de contact. Elle éclaircit les idées ; comme le remarque Joubert, elle fait passer « du proche au loin, de l'intérieur à l'extérieur, du plus connu au moins connu ».

Avec elle, la pensée s'entoure d'images et d'exemples (4) ; elle peut se voir plus nette et se sentir plus forte ; elle s'étudie, se regarde partout où elle peut s'examiner et se comprendre, jusqu'à ce qu'elle s'aperçoive définitivement et en un costume qui lui plait. Elle se sent alors plus sûre et peut s'exposer.

(1 et 3) *Grande Encyclopédie*. Au mot comparaison. Tome 12 p. 165.

(2) Janet. *Traité de Philosophie*, p. 99 à 101. La comparaison n'est pas une double attention, mais un acte unique d'attention appliqué à la perception des rapports entre les choses.

(4) C'est surtout frappant pour les idées abstraites chez les peuples primitifs.

La comparaison n'exprime pas seulement une idée d'une façon plus sensible ; elle l'agrandit encore, la colore et l'embellit.

Elle permet surtout d'obtenir des rapports et des différences entre les choses, des conséquences qui sont la base du raisonnement inductif (1). Elle est ainsi la condition essentielle des idées générales qui reposent sur l'expérience.

Toutes ces utilités de la comparaison se retrouvent dans l'étude du droit.

La comparaison indique la place du droit dans les sciences en général en les rapprochant de chacune d'elles. Elle délimite son domaine.

Cela fait, elle sert à distinguer les diverses espèces de droit : le droit positif et le droit naturel (2) ; puis les

---

(1) La comparaison est la base même de l'induction qui suppose le recueil, le choix et le rapprochement de plusieurs espèces. La méthode des concordances et la méthode des différences indiquées par Stuart Mill, reposent sur la comparaison, de même que la méthode des variations concommittantes. On sait qu'elles ont leur point de départ dans les tables de présence, d'absence et de degrés de Bacon.

La méthode inductive s'appuie sur les faits qu'elle réunit, coordonne et classe tant que l'élimination et la décomposition de ses phénomènes est possible. Mais quand ces procédés ne peuvent plus servir, il faut tourner l'obstacle et c'est alors qu'apparaît la méthode déductive. Elle donne la clef des exceptions. Consulter à ce sujet l'exemple de la rosée de John Herschel et de Stuart Mill dans TAINE. *De l'Intelligence*, p. 323 et suivantes.

(2) PLANIOL (*Traité élémentaire du droit civil*, t. I, p. 2) envisage le

diverses espèces de droit positif : droit privé et droit public ; puis les variétés de droit privé : droit civil, droit commercial, ~~droit pénal~~ etc... et de droit public : droit administratif, droit constitutionnel, etc.

Elle permet d'examiner si cette classification est raisonnable, s'il ne conviendrait pas, par exemple, d'unifier le droit commercial et le droit civil. Elle fait apprécier si le droit correspond à l'esprit et aux mœurs du peuple qui l'applique.

Elle sert aussi à étudier l'évolution du droit dans le temps et dans l'espace (1).

Elle met en parallèle le droit national avec celui des autres peuples ; la comparaison d'un droit plus parfait avec un droit moins avancé est le plus souvent la cause de l'influence que le droit plus parfait exerce sur l'autre.

Elle permet encore de rapprocher et de tenter de

---

droit naturel « comme une règle suprême de la législation qui se compose d'un petit nombre de maximes fondées sur l'équité et le bon sens et qui s'imposent au législateur lui-même ».

(1) L'espace a moins d'importance aujourd'hui au point de vue du droit ; on peut conclure des contrats à n'importe quelle distance. Ainsi que le dit justement Jhering (*L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par O. DE MEULENAERE, 2e édit., T, III, p. 344) : « Avec le papier et l'encre nous avons remplacé la personne. L'espace détermine seulement les territoires juridiques au point de vue international. » Au contraire, l'évolution du droit dans le temps a une importance immense : c'est l'histoire du droit passé qui explique le droit actuel et fait prévoir le droit de l'avenir.

ramener à l'unité les diverses législations d'un même peuple, ou les législations de peuples différents.

L'idée de comparer peut être ainsi une idée d'intelligence scientifique, d'intelligence historique ou d'intelligence pratique. Au fond, c'est toujours une étude de droit comparé car c'est toujours l'examen attentif de deux ou plusieurs concepts, pour saisir leurs rapports et leurs différences, peut-être leur filiation. Seulement, celui-ci l'envisage à un point de vue pratique, celui-là à un point de vue historique, l'autre à un point de vue scientifique.

Aussi, pour éviter, dès à présent, les confusions qui pourraient se produire dans l'exposé historique et didactique de ces diverses variétés de droit comparé, il convient d'indiquer la terminologie dont nous nous servirons.

Nous appellerons droit comparé scientifique celui qui utilise la comparaison, pour les problèmes les plus élevés de la science du droit ; cette conception se rapproche de très près de la sociologie et cherche à révéler, notamment, les lois du développement juridique.

Nous entendrons par droit comparé interne celui qui rapproche deux législations différentes d'un même pays, et par droit comparé externe celui qui rapproche la législation d'un pays de la législation d'un autre pays. Ainsi, le jurisconsulte qui compare la coutume de Paris

et la coutume d'Orléans fait du droit comparé interne; s'il compare la législation française et la législation allemande, il fait du droit comparé externe.

Nous dirons que le droit comparé est accessoire quand il utilise la connaissance des législations étrangères dans le but de perfectionner le droit national. Le droit comparé accessoire est une variété du droit comparé interne ou externe et dont on comprend immédiatement le côté pratique.

Enfin, le droit comparé peut servir à l'unification de deux ou plusieurs législations ; nous l'appellerons alors, avec M. Lambert : « Droit commun législatif ». Le droit commun législatif peut être interne ou externe; s'il est interne, il cherche à réaliser l'unification des législations d'un même pays : ce fut le travail de nos anciens jurisconsultes coutumiers; s'il est externe, il vise à l'unification de législations de pays différents : M. Lambert le tentera.

L'étude du droit comparé peut donc être envisagée à ces divers points de vue scientifiques et pratiques. Elle l'a été aussi, en fait, selon le tempérament du jurisconsulte comparatiste, conformément aussi à l'évolution de la société et du droit.

Nous allons voir à l'instant que l'histoire raconte ce qu'enseigne la réflexion.

TITRE PREMIER

Le Droit comparé chez les Grecs et les Romains

Nous ne voulons dire qu'un mot du droit oriental, mais chacun sait quelle influence il a excercé sur le droit grec. .

Selon les paroles de M. Picot : « Que fait Lycurgue méditant de donner des lois à sa patrie ? Il parcourt l'Asie Mineure, l'Egypte, la Crète, étudie les lois de chaque ville et revient à Sparte avec les résultats d'une vaste enquête ». « Que fait Solon quelques siècles plus tard ? Il reprend les mêmes chemins, traverse l'Asie Mineure, réside dans les villes, séjourne en Egypte ; plus tard il y retourne et ne donne une législation à Athènes qu'après avoir mis dix ans à comparer les lois » (1).

Il ne faut pas sans doute attacher beaucoup d'importance à la forme de l'assertion de M. Picot. Il est a peu près démontré que l'existence de ces rois n'est que légendaire. C'est le fond qui reste ; l'immixtion dans les lois grecques des principes orientaux que ce soient ou non ces rois qui l'aient préparée.

---

(1) *Journal du Congrès International de Droit comparé*, du 2 août 1900, p. 2.

Les Grecs furent imités à leur tour. Le voisinage et la civilisation de leurs colonies exercèrent une grande influence sur le peuple romain. Cette influence se traduisit par l'action de la philosophie grecque sur la jurisprudence romaine. M. Barilleau (1) démontre comment la doctrine de Zénon qui est d'origine grecque renouvela le droit en pénétrant dans les écoles de jurisconsultes. « Les formules de la jurisprudence, dit-il, sont celles de la morale : *Honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere.* Les définitions du droit, de la justice, de la loi sont empruntées à la philosophie.

Nous trouvons déja par ailleurs quelques applications pratiques de droit comparé.

Droit civil. — On sait que pour les lois romaines des XII Tables, les décemvirs se sont inspirés, dans une mesure assez large, des lois d'origine grecque (2).

---

(1) *Sources du Droit grec.* — *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 1883, p. 613. — Voir aussi : LAFERRIÈRE : *De l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains.* — *Séances et Travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques*, t. LI, p. 193, et t. LII, p. 5.

(2) CUQ. Cité dans le rapport de M. POLLOCK : *Le Droit comparé : Prolégomènes de son histoire*, p. 2. Il faut toutefois tenir compte à ce sujet des travaux récents d'ETTORE PAIS, publiés dans la *Storia di Roma*, 1898 et 1899, et de l'article de M. Ed. LAMBERT dans la *Nouvelle Revue historique*, 1902, p. 149, sur la question de l'authenticité des XII Tables et les *Annales Maximi*.

La distinction des biens dotaux et paraphernaux, très probablement, vient de Grèce. Dans le mariage sans *manus*, la femme qui reste dans une famille distincte de celle de son mari garde ses biens propres ; on peut, dès lors, opposer les biens propres de la femme *sui juris*, les *res extra dotem constitutæ* (1) aux *res dotales* (2).

Il est un fait certain d'imitation du droit grec à Rome : il appartient au droit des empereurs. La convention d'emphytéose a été appliquée « peut-être dès le temps des Sévères » (3) à des terres incultes louées moyennant une faible redevance (4) à des cultivateurs qui les défrichaient, à l'imitation des modèles helléniques (5 et 6).

---

(1) D. 23. 3. *De Pact. Dot.* 9. 3.

(2) D. 35. 2. Ad. LEG. *Falc.* 95. Pr.

(3) GIRARD. *Manuel elémentaire de Droit romain*, p. 377.

(4) On sait que JUSTINIEN fondit plus tard l'emphytéose grecque et le louage public romain en un seul contrat qui conserva le nom d'emphytéose.

(5) On a souvent cité l'hypothèque romaine comme une imitation d'une institution grecque, « soit de l'institution grecque du même nom, soit des sûretés réelles données à l'État et constituant avec les *prædes* le système des *prædes pædiaque*. » (GIRARD, *Manuel* cité, p. 749, et notes 1 et 2. On y voit que l'origine hellénique de l'hypothèque romaine a été particulièrement défendue par DERNBURQ : *Pfrandrecht*, 1, p. 67 à 76, et combattue par JOURDAN, p. 142 à 172. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 56 à 59, et JOURDAN : *Études de Droit romain : l'Hypothèque*, 1876, p. 45 à 64, voient l'origine de l'hypothèque dans l'institution publique des *prædes pædiaque*. M. GIRARD estime, au contraire, avec plus de

Droit commercial. — Le droit commercial de l'Europe moderne a commencé par être le droit coutumier des banquiers et des négociants. Plus tard, des institutions grecques du droit commercial « se sont greffées paisiblement sur les institutions du droit des gens qui avaient été établies avant elles : le *nanticum fœnus* sur le *mutuum*, la *lex Rhodia de jactu* sur le louage, l'hypothèque (si elle vient de Grèce) sur le gage. »

Il y a, de plus, ceci de très remarquable, qu'un jurisconsulte romain nous donne, dès le second siècle (1), des applications historiques de droit comparé. Gaïus, dans ses *Institutes,* a le mérite d'avoir employé quelquefois la méthode historique. C'est ainsi qu'il fait dériver d'institutions de Solon les prescriptions imposées au

---

raison à notre avis, que les circonstances historiques connues, dans lesquelles naquit l'institution, attestent un remaniement du gage. Elle semble être une combinaison du précaire et de la fiducie. Comme dans le gage, le créancier acquiert le droit à la possession ; comme dans le précaire, il l'acquiert seulement à l'échéance ; comme dans la fiducie, il a une véritable action réelle contre tous les tiers détenteurs.

(6) Il a été également soutenu par des auteurs remarquables que le préteur *adjuvando, supplendo, vel corrigendo jus civile,* s'était inspiré de la comparaison des lois ou coutumes des cités italiennes. C'était l'avis de Sumner Maine, R. Pollock, p. 3. Il semble plus vraisemblable d'affirmer avec M. Pollock que l'œuvre du préteur fut plutôt de reconnaître à Rome comme obligatoire en justice ce qui existait de fait à l'état de coutume cosmopolite.

(1) Gaïus écrit son livre vers l'an 161.

juge dans l'action en bornage : *Sciendum est esse quod Athenis Solon dicitur tulisse : nam illic ita est : ἐάν τις αἰμασίαν πας'αλλτοριῳ χχωρσςίῳ ὀρύκῃ, τὸν ὅρον*, etc... (1) Il en fait également dériver les règles qui permettent aux collèges de se former librement : *Haec lex videtur ex lege Solonis translata esse, nam illic ita est : εαν δε δπμος*, etc... (2).

Gaïus indique encore que les Galates affirment l'existence dans leur droit, d'une institution très voisine de celle de la *patria potestas* romaine (3). Et il repousse leur prétention.

Il donne un trait de lumière sur les origines de la propriété. « Dans les formes de la procédure ancienne, on se servait d'un bâton qui était censé représenter une lance. Or, cette lance fut le symbole du droit du propriétaire : *Quod maxime sua credebant esse quod ab hostibus cepissent ;* le butin de guerre, dans cet ordre d'idées archaïque, appartenait plus sûrement que toute autre chose au vainqueur qui l'avait emporté (4). »

Ainsi dans l'antiquité, le droit comparé s'est manifesté sous deux formes : par quelques essais de critique

---

(1) GAÏUS. L. 4. *Ad. Leg. XII Tabul. D. Finium Regundorum*, 10. 1. 13. M. GLASSON a fait sur Gaïus une étude remarquable intitulée : *Étude sur Gaïus et sur quelques difficultés relatives aux sources du Droit romain* E. GLASSON. Pedone, Lauriel 1885.

(2) D. 47. 22. 4.

(3) GAÏUS. *Inst.* I. 55.

(4) Rapport de M. POLLOCK, p. 4.

historique que nous trouvons dans Gaïus et surtout par l'influence d'un droit plus parfait sur un droit moins parfait (1). La législation nationale a imité la législation étrangère qu'elle a jugée préférable.

(1) Ces constatations de droit comparé ne doivent pas nous faire oublier l'esprit du droit romain qui n'est pas un droit imitateur, « un produit de laboratoire » mais un droit issu de la réalité et qui s'y est développé. JHERING dit qu'il est sorti des entrailles de la nation.

TITRE II

Le Droit comparé dans l'Histoire du Droit français et des Législations étrangères

CHAPITRE PREMIER

TRAVAIL DE FUSION GÉNÉRALE JUSQU'A LA FORMATION DES ÉTATS MODERNES

Les manifestations de droit comparé que nous venons de constater dans l'antiquité, ne vont pas se renouveler de suite. Nous ne trouvons pas de traces d'imitation raisonnée dans la Gaule primitive, après la conquête romaine et jusqu'au Moyen âge.

La raison en est surtout dans les différences considérables qui existaient entre les législations qui se trouvèrent en présence, dans l'état politique et dans l'esprit inculte des peuples d'alors.

Il convient toutefois de distinguer les époques.

Après la conquête de la Gaule, le droit romain, simplifié d'ailleurs, fut imposé aux vaincus ; ce fut une des conséquences de la victoire. De telles conditions d'influence sont exclusives de droit comparé ; un droit imposé à un peuple n'est pas un droit accepté librement et volontairement.

Les Gaulois surent d'ailleurs reconnaître combien la législation romaine était supérieure à leurs institutions et ils l'étudièrent avec intelligence et avec succès. Il y eut des professeurs célèbres de droit romain, qui étaient Gaulois.

Le droit romain prit en Gaule une place importante dans les institutions, surtout en droit public (1).

Mais cette influence juridique fut interrompue par suite d'événements politiques considérables. Les Barbares se répandirent en Gaule et leurs invasions entrainèrent un bouleversement général. Successivement, les peuples les plus divers de race et de coutumes se fixèrent dans le pays. Ainsi les Francs, les Wisigoths, les Burgondes et les Alamans appartenaient à la race germanique ; les Alains et les Vandales étaient de race slave ; les Huns et les Hongrois faisaient partie de la race ouralo-altaïque. Chacun conserva ses usages et on pratiqua ce qu'on a appelé la personnalité des lois. Il y eut alors, dans un cercle relativement restreint, les coutumes et les institutions juridiques les plus nombreuses ; mais on ne peut noter aucune tentative de droit comparé. A la vérité, on n'y songea point, et, d'ailleurs, les comparaisons n'étaient pas faciles. Elles étaient d'abord impossibles entre les législations romaine

(1) Les institutions politiques romaines préparèrent la Gaule à vivre unie sous un même chef.

et barbares (1) qui étaient trop disparates pour qu'on put essayer méthodiquement de les réunir. D'un autre côté, tout en reconnaissant la grande analogie qui existe entre les lois barbares, il ne faut pas oublier qu'elles présentaient des différences notables sur certains points, et qu'elles se firent connaître, non pas toutes ensemble, mais les unes après les autres, à mesure que les peuples envahisseurs apparurent en Gaule.

Il se créa pourtant une législation nouvelle, mais elle procède d'une idée tout à fait différente. Elle est une conséquence de l'état politique. Les rois mérovingiens, et surtout les rois carolingiens, firent « les Capitulaires » (2) qui sont de véritables lois ayant une portée

---

(1) En ce qui concerne l'élément romain, il est représenté à cette époque par :

1° La *Lex Romana Wisigotorum* (Bréviaire d'Alaric), qui est puisé dans Gaius, Paul et le Code Théodosien ; elle sera pratiquée depuis l'an 506 jusqu'au XIIe siècle ;

2° La *Lex Romana Burgundionum*, publiée sous Gondebaud (474 à 516) et qui a les mêmes origines.

On appliquait ainsi aux Gallo-Romains le Bréviaire d'Alaric, le Papien (surnom de la *Lex Romana Burgundionum*) ou le Code Théodosien, le Bréviaire d'Alaric le plus souvent.

Les Italiens appliquaient l'édit de Théodoric.

En ce qui concerne l'élément Barbare, il est représenté par des pactes qui proviennent du consentement de tous. Ce sont : la loi barbare des Wisigoths, la loi des Francs-Ripuaires, la loi barbare des Burgondes et surtout la loi salique.

(2) Ces capitulaires se divisaient en capitularia : *pro lege tenenda, per se scribenda, missorum*. Il en existe plusieurs recueils, notamment :

territoriale. Ils voulaient essayer, par ce moyen, de consolider leur puissance en instituant, pour l'ensemble de leurs sujets, une loi unique et obligatoire.

Ces lois territoriales existaient simultanément avec les législations personnelles ; si bien qu'on avait alors le spectacle curieux d'une législation à la fois personnelle et territoriale, composée d'éléments romains, d'éléments barbares hétérogènes et d'éléments législatifs royaux.

Entre tous ces éléments juridiques, il n'y eut point de comparaison. Mais il devait cependant se faire un rapprochement et une fusion de coutumes à mesure que la fusion des peuples devenait plus complète. A une race nouvelle devait s'appliquer une législation nouvelle.

M. Kovalewsky, traduit par M. Dareste, nous en donne un exemple intéressant à propos de l'évolution de la propriété dans toute l'Europe occidentale, en France, en Allemagne, en Italie et en Angleterre (1).

France. — Le premier établissement des Francs eut lieu par villages et généralement sur des terres désertes. La propriété était familiale. Chaque famille avait une masure et l'étendue nécessaire de terrain pour vivre. Les pâturages, les bois, les eaux, les marais restaient en commun. Il n'y avait vraiment de propriété que pour

---

celui d'Anségise, celui de Benoit Lévite et celui qui est connu sous le nom de « Fausses Décrétales ».

(1) Evolution de la propriété. *Journal des Savants*, 1899, page 483.

les meubles, ce qui comprenait les fruits de la terre même adhérents au sol, et pour les maisons. La terre cultivée appartenait au père de famille et à sa postérité mâle; s'il n'en avait pas, elle faisait retour à la communauté du village. Mais, au VIe siècle, les filles furent admises à recueillir la terre à défaut de fils; après elles, on appela les frères et les sœurs, et la terre devint ainsi une véritable propriété. Le régime antérieur subsista pour les terres non cultivées, telles que bois, pâturages et marais (1).

Plusieurs chartes royales qui sont parvenues jusqu'à nous, nous montrent comment le principe romain de la propriété individuelle pénétra peu à peu dans le droit franc et finit par y devenir prépondérant. Un édit de Childebert introduit la représentation en matière de succession. Un autre, de Clotaire Ier, emprunte au droit romain les prescriptions de dix, vingt et trente ans et reconnaît que la terre peut se transmettre par donation et testament. Enfin, deux capitulaires carolingiens, l'un de 817 et l'autre de 819, traitent pour la première fois de l'action en revendication d'un immeuble et abrogent, sous prétexte d'interprétation, le titre XLV de la loi

---

(1) M. Kovalewsky et M. Dareste remarquent, à juste raison, que la propriété individuelle telle que nous la concevons aujourd'hui, existait dans l'ancienne population gallo-romaine et dans les concessions des terres confisquées faites par le pouvoir royal. L'historique reste vrai pour les autres terres qui n'appartiennent pas aux Gallo-Romains.

salique. A ce moment, l'évolution est complète (1). Le principe de l'ancien droit franc sur la propriété communale, n'est plus en quelque sorte qu'un règlement de police rurale.

M. Kovalewsky constate que les formules, notamment celles qui se trouvent dans le fameux recueil de Marculfe, manifestent ces transformations successives.

Allemagne. — Ces transformations se produisirent en Allemagne comme en France. Primitivement, chez les Allemands, la propriété appartenait à la famille large, c'est-à-dire à la tribu. Dans toute la Suisse orientale peuplée par les Allemands, les villages portent encore les noms des chefs des anciennes « gentes » (2). L'occupation de chaque territoire eut lieu en commun et il n'y eut de propriété individuelle, que celle de l'habitation et de l'enclos. Tout le reste était « l'allmend », exploité en commun (3). Mais à peine la loi des Alamans était-

(1) KOVALEWSKY traduit par DARESTE, ouv. cit., p. 484. Elle était déjà bien avancée du temps de la loi ripuaire. Dans ces derniers titres, celle-ci nous indique que le droit de succession est conféré aux ascendants et en ligne collatérale jusqu'au 5e degré. La possession est plus énergiquement protégée. La transmission par vente est réglée par la loi ; les donations entre futurs époux sont reconnues, pourvu qu'elles soient faites au « mâl » devant les officiers royaux ; enfin la concession royale, le titre écrit, devient la preuve par excellence du droit de propriété.

(2) KOVALEWSKY. Ouv. cit., p. 489.

(3) KOVALEWSKY. id.

elle rédigée, que la propriété individuelle paraissait. Cette loi qui emprunta beaucoup au droit romain et qui renvoyait à la loi salique, était surtout l'œuvre des évêques. Aussi proclamait-elle la liberté absolue des donations et testaments en faveur des Églises. Le père de famille put donner tout ce qu'il possédait après avoir partagé avec ses enfants, ou sans partage si ses enfants y consentaient (1).

Le partage devint ainsi la règle et l'ancien principe germanique de la communauté de famille disparut. Dès lors, la propriété fut individuelle ; elle apparait au IXe siècle sous trois formes, dérivant d'origines différentes : l'*alleu* qui est la propriété héréditaire dérivant du partage de la communauté primitive de la famille ; le *conquisitum* qui est le bien acquis par un acte quelconque, vente ou donation par exemple ; l'*exactum* qui est le terrain vague conquis par le défrichement et la culture (2).

Italie. — En Italie, le roi des Hérules, Odoacre, assigna aux vainqueurs le tiers des terres occupées par les Romains. Les Ostrogoths, quinze ans plus tard, vainquirent les Hérules et recueillirent ce droit. L'Édit

---

(1) KOVALEWSKY. Ouv. cit., p. 488.

(2) Ces renseignements sont établis par des chartes, notamment par le riche cartulaire de l'abbaye de Saint-Gall et les chartes bavaroises du monastère de Saint-Emmeran.

de Théodoric le leur confirma ; il ajoutait, ce qui est capital, que le colon attaché à la glèbe pouvait vendre sa tenure ou l'abandonner pour exercer une industrie dans une ville ; cette disposition entraînait la disparition du servage.

Mais, quand les Lombards envahirent l'Italie, ils abaissèrent la condition juridique des colons qui redevinrent attachés à la glèbe.

Dans le droit lombard, la propriété a un caractère essentiellement communal. Aussi, d'un côté, le droit romain conserva son empire avec les grands domaines ; d'un autre côté, là où le droit lombard était appliqué, les forêts, les pâturages et les eaux étaient exploités en commun et il y eut une évolution progressive vers la propriété individuelle comme ailleurs.

Angleterre. — En Angleterre, M. Kovalewsky constate les mêmes phénomènes. Lors de la conquête des Saxons, les Églises bretonnes conservèrent une grande partie de leurs biens qui restèrent individuels et héréditaires.

Au contraire, les terres occupées par les Saxons furent régies par la coutume germanique et ne purent être aliénées que par l'Assemblée nationale. Le caractère particulier de cette aliénation est aussi celui de l'*odhal* scandinave. C'est après la conquête normande

que, sans doute (1), les deux modes différents de transmission de la propriété s'unifièrent.

Ainsi, conclut M. Kovalewsky, dans toute l'Europe occidentale, le système romain et le système germanique se trouvèrent en présence. Ce dernier se rapproche de plus en plus du premier sans toutefois disparaître complètement (2).

En même temps que l'évolution de la propriété, que nous a rendue frappante l'étude de M. Kovalewsky, il y eut, pendant la même période et par suite de la même conséquence de la fusion des races, de véritables échanges entre certains usages romains et barbares.

Les Romains apprirent aux Barbares à constater leurs actes par écrit et à rédiger ces actes.

L'Église, dont l'influence était alors prépondérante (3),

---

(1) Conjectures de MM. SPELMANN, VINOGRADOR et KOVALEWSKY. Ouv. cit., p. 492.

(2) KOVALEWSKY. Ouv. cit., p. 492. La différence entre les deux systèmes, ajoute-t-il, tenait surtout d'ailleurs à l'état économique des deux populations. A la fin du IXe siècle, la fusion était complète, mais, avant d'arriver à la forme moderne, la propriété devait encore subir une transformation profonde. Un mouvement de concentration amené par l'accroissement de la population et du capital, favorisé par le démembrement du pouvoir potitique, établit le régime féodal ; celui-ci, après avoir duré plusieurs siècles, disparut à son tour par les mêmes causes.

(3) « Dans l'ordre des idées de ce temps, à côté du souvenir de l'Empire romain, dont le moindre chef barbare est ébloui, hanté,

propagea la pratique de certaines institutions. Elle ouvrit à tous les fidèles l'affranchissement *ante ecclesiam* qui était devenu une institution romaine. Elle contribua à répandre l'usage du testament.

Enfin, et ceci est assez digne de remarque, les Gallo-Romains adoptèrent à leur tour des usages barbares et prirent justement parmi ceux-ci ceux qui semblent les plus grossiers. Les compositions pécuniaires furent substituées aux peines afflictives en cas d'accusation; la disculpation fut remplacée par le serment et le système des cojureurs. Les Gallo-Romains en contact avec les barbares retournaient ainsi à des idées barbares, simples et primitives.

Tous ces échanges, toutes ces influences réciproques ne sont pas le fruit d'une véritable comparaison, mais une conséquence nécessaire et comme fatale du mélange des peuples et des coutumes. Si on pouvait appliquer aux individus libres et raisonnables ce qui se passe dans les assemblages des corps, nous dirions qu'il était aussi nécessaire d'avoir des combinaisons ou des

---

obsédé, et dont, dans le règne le plus éphémère, sur le domaine le plus restreint, il s'efforcera de faire renaître quelque chose, il ne faut pas oublier l'idée de la chrétienté universelle et œcuménique comme l'Empire; pendant que tant de roitelets à noms teutoniques ou gothiques se disputent l'héritage temporel de Rome, dans la ville aux sept collines il y a un vieillard qui transmet à d'autres vieillards l'héritage spirituel. » (LAVISSE et RAMBAUD. *Introduction à l'Histoire générale du IVe siècle à nos jours*. Avertissement, page 3.)

mélanges d'institutions juridiques, pour une race nouvelle produite par des races différentes, qu'il est naturel d'obtenir, avec des matières différentes, des réactions chimiques. Sans doute la fusion du droit est lente, progressive et comme indéfinie, tandis que les expériences chimiques sont le plus souvent immédiates et brusques, mais au fond c'est le même résultat et le même acte. L'application par les Gallo-Romains des institutions barbares les plus grossières prouve bien que cette fusion fut irraisonnée et en quelque sorte fatale.

Pendant toute cette période nous ne trouvons donc pas de manifestation de droit comparé. Mais une situation politique nouvelle, qui s'était effectuée peu à peu, devait faciliter sa réapparition. Le XIe siècle marque l'époque de la constitution de l'Europe moderne. Désormais, constatent MM. Lavisse et Rambaud (1), « il y a une France où les couches successives d'envahis et d'envahisseurs se sont tassées en un vivant métal qui n'admettra plus d'élément étranger ; il y a une Allemagne ou, si l'on veut, des Allemagnes ; une Italie où l'on a déjà peine à distinguer les sédiments latins, grecs, ostrogoths, lombards, francs ; il y a des Etats scandinaves ; il y a une Bohême, une Pologne, une Russie,

---

(1) *Introduction à l'Histoire générale du IVe siècle à nos jours*, par LAVISSE et RAMBAUD, p. 3.

et, par intermittence, une Serbie, une Bulgarie, une Grèce, encore que celle-ci ait peine à se dégager de ses provinces barbares. Les Iles Britanniques, après avoir vu les Celtes refoulés par les Anglo-Saxons, les Anglo-Saxons par les Danois, ont enfin reçu, avec les Normands, leur dernier ban de conquérants ; il en est de même de la Pannonie qui, après avoir été l'hippodrome des cavaliers d'Asie, est devenue la Hongrie chrétienne ; l'Espagne, tour à tour celto-ibérique, romaine, gothique, se trouve enfin saturée d'hommes et, après avoir subi l'intrusion des Arabes, tend déjà à les expulser. Aussi l'Europe est debout tout entière avec les Etats qui dureront, les nations qui sont celles d'aujourd'hui et de demain. »

CHAPITRE II

LE DROIT COMPARÉ INTERNE APRÈS LA FORMATION DES ÉTATS MODERNES

La formation de l'Europe moderne favorisa singulièrement dans chaque pays l'élaboration d'une législation unique, en la localisant dans les limites des frontières nationales. Cette élaboration se distingue de la fusion que nous avons rencontrée à l'époque précédente par ce fait, qu'elle fut en partie l'œuvre d'un travail de doctrine. Des jurisconsultes se servirent de la comparaison des différentes coutumes pour créer un droit commun. C'est ainsi que nous voyons réapparaitre le droit comparé, qui se manifeste sous une forme nouvelle. Ce n'est plus l'imitation d'un droit plus parfait par un droit moins parfait (1); ce n'est pas une tentative de critique historique ; c'est un travail raisonné de fusion des coutumes d'un même pays.

En effet, à cette époque, les coutumes sont encore les plus diverses et les plus dissemblables. La terre est divisée en fiefs, ce qui constitue un état social et juridique nouveau. Le fief est une seigneurie plus ou moins

---

(1) Le droit comparé se manifesta cependant sous cette forme dont nous faisons abstraction pour l'instant et que nous étudierons dans un appendice, p. 59.

vaste, commandée par un chef, qui est en même temps législateur. La justice varie d'un fief à l'autre et « l'homme est réduit au rôle humilié d'accessoire du sol qu'il habite » (1). « C'est la terre qui assigne à l'homme sa condition sociale...; c'est elle qui lui donne une patrie, d'après le lieu de sa naissance » (2); c'est elle qui lui assigne sa législation. Il s'agissait donc de rapprocher ces institutions et ces lois différentes assises sur un même territoire, d'en souder les éléments et de former avec eux un droit commun législatif interne.

Ce travail fut facilité et favorisé par la réalisation de l'unité politique dans presque tous les pays et aussi par une cause juridique et toute différente que voici : sous le régime féodal les coutumes étaient souvent rivales, par ce motif qu'elles variaient de seigneurie à seigneurie. Que devait faire le juge? Devait-il, dans chaque lieu, toujours appliquer la loi locale, ou devait-il, suivant les cas, observer tantôt la loi locale, tantôt une loi étrangère? « Le principe fut d'abord la territorialité stricte et absolue de la loi; mais de bonne heure, sous l'empire de la nécessité et de la raison, ce principe fléchit et se concilia avec l'esprit de justice » (3).

---

(1) M. LAINÉ. *Introd. au droit international privé*, t. I, p. 270.

(2) M. AUBRY. *De la notion de territorialité en droit international privé*, p. 17.

(3) C. j. M. LAINÉ, op. cité, t. I, p. 73.

Il y eut ainsi un choc entre ces deux forces rivales : la territorialité du droit et la justice ; de ce choc naquit une théorie importante connue sous le nom de théorie des statuts qui est due aux jurisconsultes de l'ancienne Europe. Ceux-ci proposèrent un ensemble de règles doctrinales pour résoudre le conflit des lois locales de chaque pays (1). Ils s'efforcèrent de réaliser sur le

---

(1) C. j. M. LAINÉ, op cit. t. I, page 73 et page 47.

La théorie des statuts avait aussi pour but de résoudre le conflit des lois nationales des divers pays ; mais cette question, pour l'instant, ne fait pas partie de notre sujet ; nous ne nous occupons que des conflits de lois internes. Les règles sont d'ailleurs les mêmes pour les deux points de vue ; elles sont assez variables chez les jurisconsultes d'alors qui cherchèrent à résoudre le problème. M. WEISS (op. cit., t. III, p. 15 à 45) expose successivement les théories de Bartole et des Postglossateurs ; l'école française du XVIe siècle avec Dumoulin, d'Argentré et Guy Coquille ; l'école hollandaise et flamande du XVIIe siècle avec Bourgoigne, Rodenburg, Paul Voët et Jean Voët ; et l'école française du XVIIIe siècle avec Boullenois, Bouhier et Froland.

Pour nous en tenir à la théorie française la plus générale, elle organisait, mais d'un côté seulement, une communauté de droit parfaite. Elle réalisait, en effet, la conception idéale d'un système universel qui assurait la solution harmonique des conflits car « elle conduisait à ce résultat qu'un même litige devait être jugé d'après la même loi par toute juridiction devant laquelle les règles de la compétence pouvaient permettre de la porter, ses éléments restant, par hypothèse, à tous égards les mêmes ». (M. AUBRY, op. cit. p. 22). Il y avait ainsi une solution harmonique de conflits dans l'espace. En ce sens M. de Vareilles-Sommières a raison de prétendre que l'ancien droit avait trouvé une réalisation de l'idéal rêvé de la communauté de droit. Mais l'ancienne théorie française n'organisait pas

territoire national une harmonie universelle de ces conflits. Leur travail les conduisit naturellement à souhaiter la création d'un droit commun législatif interne et à y collaborer. Il y a un point de contact évident entre un essai d'harmonie universelle de conflits de lois au point de vue interne et un essai de droit commun législatif interne ; le meilleur moyen de résoudre le conflit des lois locales est de les unifier. Aussi les jurisconsultes qui travaillèrent à la solution des conflits de lois, travaillèrent aussi à l'unification du droit. Ce sont, notamment, en France, Dumoulin et d'Argentré, que nous retrouverons au cours de cette étude.

Sous le bénéfice de ces observations, nous allons étudier la formation du droit commun législatif interne

---

de communauté de droit dans le temps car « elle n'impliquait pas que tous les actes d'une même personne devaient être jugés » toujours « d'après la même loi ». (M. AUBRY, op. cit. p. 23). Cette doctrine rendait les droits incertains en faisant dépendre leur reconnaissance et leur exercice de l'éventualité d'un déplacement, d'un voyage, et en introduisant ainsi dans l'état et dans la condition juridique d'une même personne une mobilité dangereuse. (Voir M. WEISS, op. cit., t. III, p. 9 et la citation qu'il fait de Rodenburgh).

A un autre point de vue cette théorie n'était pas exacte. Les statutaires s'étaient « obstinément claque-murés dans le vieux donjon féodal aux deux tours symétriques : le statut réel et le statut personnel » ; (M. AUBRY, op. cit., p. 18) et ils aboutissaient à une impasse pour les lois de forme qui ne rentrent dans aucun des deux statuts. (Voir M. AUBRY, op. cit., p. 11 et suiv.).

en France et dans les législations étrangères. Nous allons voir comment les éléments romains, chrétiens et germaniques se soudèrent en des droits nouveaux. L'originalité de chacun de ces droits provient de la mesure plus ou moins grande dont le génie particulier du peuple imitateur s'est inspiré de l'un ou de l'autre de ces divers éléments.

Nous allons voir également dans quelle mesure ce travail est un travail de droit comparé.

SECTION I

Formation du droit romain législatif interne en France

Le droit romain, le droit canonique et le droit coutumier ont eu sur la formation de notre droit français, des influences inégales que nous allons analyser successivement.

§ I. — Rôle du droit romain

Au moment où la constitution de l'Europe moderne venait de s'effectuer, le droit romain venait justement de renaître. Le « *Brachilogus juris civilis* » et les « *Petri exceptiones legum romanorum* » qui émanent probablement d'auteurs français attestent l'aurore de cette impulsion nouvelle vers les études de droit romain. Le mouvement devait se continuer dans une seconde phase

en Italie avec les Glossateurs (1) et en France par contre-coup. Placentin vint d'Italie enseigner à Montpellier. Au XIIIe et au XIVe siècle, Jacques de Rivigny et Pierre de Belleperche eurent un succès considérable. Pendant longtemps on n'enseigna pas le droit romain à Paris, il est vrai, à cause de la fameuse bulle d'Honorius III, en 1219, mais il ne s'en répandit que davantage. En 1300, on compte à peu près vingt universités. On retrouve l'influence du droit (2) romain dans le « livre de Jostice et de Plet », dans le « Conseil à un ami » de Pierre de Fontaine, dans les « Etablissements de Saint-Louis », dans la « Somme Rurale » de Boutillier, etc... La plupart de ces ouvrages ne sont même que des compilations de droit romain.

Le droit romain pénétra jusqu'en Palestine dans la Cour des Bourgeois des Assises de Jérusalem. Le Gouvernement lui réservait toujours d'ailleurs l'accueil le plus favorable, car il était un facteur puissant du pouvoir absolu (3).

---

(1) Les plus célèbres sont : Irnerius « qui mourut probablement entre 1125 et 1140 » (VIOLLET, H^re du D^t civil français, p. 21) ; Azo et Accurse, professeurs à Bologne ; Bartole, dont la renommée est immense. Il fut professeur à Pise et mourut à Pérouse en 1356.

(2) Le droit romain exerça surtout son influence dans les pays dits pays de droit écrit, situés dans le midi et qui comprenaient à peu près les deux cinquièmes de la France.

(3) Le droit romain n'aura pas dans notre droit, une influence aussi prépondérante qu'un droit allemand. Cependant, nous ne pouvons

§ 2. — Rôle du droit canonique

En même temps, l'idée de chrétienté s'affirme par l'influence du droit canonique. Ce droit se forma d'éléments divers : les textes de l'Ecriture, les écrits des Pères de l'Église, les décrets des Papes, les coutumes de l'Église, et les emprunts faits au droit romain. Ces éléments se fusionnèrent et le droit nouveau qui en fut le résultat, put être étudié et imité.

Au moyen âge, le droit canonique fut enseigné dans toutes les Universités. On l'appliqua dans les « Officialités » et souvent aussi devant les Tribunaux laïques quand ceux-ci avaient à observer des règles canoniques, notamment celles qui étaient relatives au prêt à intérêt, aux testaments et à la prescription.

Et même, lorsqu'un assez grand nombre de causes, pour lesquelles l'Église avait eu une compétence exclu-

---

oublier qu'il a modifié, comme nous l'avons vu, la notion de la propriété. Nous ne pouvons oublier surtout que la théorie des contrats et obligations qui est presque parfaite dans le dernier état du droit est entrée à peu près entière dans notre législation.

En droit commercial, l'influence romaine se fait sentir avec le nanticum fœnus et le receptum, et se partage avec celle de la loi de Rhodes que suivaient aussi les Romains.

En droit public, son importance est considérable. La maxime romaine : « *Quid quid principi placuit legis habet vigorem* » se traduit : Si veut le roi, si veut la loi.

Au point de vue de la justice, on doit aux Romains la doctrine des « cas royaux » la théorie de la justice retenue, les lettres de grâce.

sive (telles que les questions relatives au mariage, les causes bénéficiales, les crimes contre la foi), furent amenées à être jugées par la juridiction royale, les juges royaux, pour ménager l'empiètement et la transition, se conformaient eux-mêmes aux règles ecclésiastiques. De la sorte, la compétence du droit canonique était presque universelle (1).

§ 3. — Rôle du droit coutumier

En présence de ces droits imposants dans leur unité et leur étendue, dans leur influence presque souveraine, le droit coutumier était peu de chose. On le considérait même souvent comme une anomalie regrettable. Les premières coutumes étaient d'ailleurs flottantes et mal dégagées, frappées d'une empreinte encore indécise des divers éléments qui les formaient. Aussi aurait-on pu croire que l'unité du droit se serait réalisée soit par le droit romain, soit par le droit canonique qui auraient étouffé ce droit coutumier.

Il n'en fut rien. C'est des coutumes, au contraire, que l'unification devait venir (2).

---

(1) Aujourd'hui, l'influence du droit canonique se ressent surtout dans le Code de procédure. Les ordonnances de 1667 et de 1670 sont une codification de droit canonique. Dans l'ancien droit, il édifia des théories qui eurent une grande autorité. Il faut citer, notamment, celle de la prohibition du prêt à intérêt qui donna naissance à toutes les variétés du bail à rente.

(2) Les coutumes coïncidèrent avec le régime féodal que connurent

Le droit romain et le droit canonique ne pouvaient pas être le droit de la France, car ils ne s'adaptaient pas à l'esprit de la nation. Le droit romain était une législation morte; le droit canonique était une législation artificielle. Ni l'un ni l'autre, pour reprendre le mot d'Ihering, ne sortaient de nos entrailles ; ils n'étaient point le fruit de notre génie, de nos mœurs, de l'évolution et des transformations de notre société. Tandis que les coutumes étaient le produit simple, mais précieux, de la sagesse et de l'expérience populaires, formé sans à-coup et au jour le jour par les besoins et la pratique des affaires. Des seigneurs et des jurisconsultes les dirigeaient. Peu à peu, et sans effort, elles élargissaient leur domaine. On dut reconnaître qu'elles avaient une place importante dans le droit appliqué, soit qu'elles fussent la consécration de règles romaines ou canoniques, soit qu'elles eussent établi une législation propre. Beaumanoir le remarque judicieusement. Il dit même que la seule source du droit est l'usage (1). Successivement les coutumes s'étendirent à une même

---

tous les états chrétiens du moyen âge. Les Normands le portèrent en Angleterre ; les Croisés le développèrent en Syrie.

(1) Ceci est vrai à la fois dans les pays de coutume et dans les pays de droit écrit. Mais dans les premiers, qui s'étendaient bien au sud de la Loire (voir PLANIOL : *Traité de droit civil*, page 11), la coutume était surtout germanique, tandis que dans les autres, elle était surtout romaine.

seigneurie, puis souvent à tous les fiefs d'une même province (1). Elles devinrent assez générales pour que l'idée d'une coutume unique apparut possible à quelques hommes intelligents. Louis XI y songea en 1461, comme il songea aussi, d'après Comynes, à l'unification des poids et mesures. On la retrouve aussi dans la devise d'Antoine Caillaut : « Un Dieu ; un Roi ; une Loi ; une Foi ». L'idée était quelque peu prématurée, mais elle devait prendre de la force. Les jurisconsultes de cette époque lui en donnèrent, grâce à de célèbres généralisations comme celles de Beaumanoir et de Boutillier (2).

Ce travail de généralisation des coutumes est en partie un travail de droit comparé. Beaumanoir étudia et analysa les différentes sources du droit ; il fit œuvre personnelle en les rapprochant et en les jugeant. Son livre « La Coutume de Beauvoisis » ou plus exactement « La Coutume de Clermont en Beauvoisis » eut un réel retentissement.

D'un autre côté, ces études préparèrent et facilitèrent une autre élaboration juridique qui n'était pas le résultat d'une comparaison, mais qui devait avoir à notre point

---

(1) Par exemple la fameuse coutume de l'indivisibilité des fiefs par succession établie en Bretagne à la suite de la fameuse assise du comte Geoffroy en 1185.

(2) Beaumanoir est mort en 1296 et Boutillier en 1395 ou 1396.

de vue une grande importance. Presque toutes les coutumes furent rédigées au XVe et au XVIe siècles (1). Elles devinrent ainsi des lois écrites dont l'étude scientifique fut rendue possible. Par contre, il est vrai, elles auraient dû immobiliser la diversité du droit et paralyser son interprétation en l'exprimant par des formules qu'il fallait respecter ; elles auraient ainsi entravé la marche vers l'unification du droit ; mais ce qui devait occasionner un retard, devint une cause de progrès ; les juriconsultes ne craignirent pas de briser les formules, quand ils les jugeaient trop étroites ou inexactes. C'est à ce moment surtout qu'ils firent du droit comparé. Ils s'attachèrent « à émousser dans un grand nombre de coutumes, les particularités et les bizarreries » qu'ils y rencontraient et s'efforcèrent de ne « laisser survivre, autant que possible, que les tendances communes à tous les pays de droit coutumier » (2). Ils élaborèrent

(1) Il y avait eu déjà, avant leurs ouvrages, quelques rédactions partielles. Dès le XIe siècle, des chartes des villes qui furent rédigées comme les établissements de Rouen, les chartes de Lorris en Gâtinais et de Beaumont en Argonne, eurent un retentissement considérable par suite des avantages pratiques qu'elles présentaient surtout au point de vue du droit public.

Mais la plupart des rédactions sont du XVe et du XVIe siècles : La rédaction de la Coutume du Maine et de l'Anjou, est de 1411, celle de la Coutume du Poitou, de 1417, celle de la Coutume du Berry, de 1450. La Coutume d'Orléans est rédigée en 1509, celle de Paris en 1510 celle de Bordeaux en 1521, celle de Bretagne en 1539.

(2) Mémoire de M. MEYNIAL sur les « Remarques sur le rôle joué

ainsi un droit nouveau qui constitue leur principal mérite et qui eut des conséquences remarquables. Il amena une réformation des coutumes qui fut demandée par les Etats de 1576, et qui eut lieu vers 1580 ; il suppléa aux coutumes spéciales qu'il devait bientôt supplanter ; il battit en brèche l'influence du droit romain et du droit canonique ; ces deux droits ne purent plus agir comme autrefois « par infiltration », mais seulement « par voie d'interprétation » (2).

M. Meynial montre très bien toute l'importance du droit commun dans l'étude qu'il fait de la succession aux propres (3) et qui n'est d'ailleurs qu'un exemple. Il indique comment parfois ce droit a servi au développement de la coutume locale et à son amélioration, comment parfois il lui a nui (4) ; comment il s'est fondé à l'aide de transformations coutumières constantes (5).

Parmi les jurisconsultes qui contribuèrent le plus à la formation de ce droit coutumier, il faut d'abord citer Dumoulin (1500-1566) (6). Il eut une autorité incon-

---

par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres ». p. 2.

(2) M. Esmein. *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. 1892 p. 711.

(3) Meynial. Mémoire cité, p. 7 à 38.

(4) Meynial. — p. 3 et 5.

(5) Meynial. — p. 4.

(6) Avant lui, Nicolas Boyer avait publié son *Commentaire de la*

testée et une influence considérable. Cet homme fut en quelque sorte législateur. Il combattit pour faire adopter par toute la France la coutume de Paris, sa coutume préférée. C'est à cause de son œuvre que la coutume de Paris sera là source principale de notre Code civil (2). Nous retrouvons des travaux sur le droit commun dans l'*Institution au Droit français* de Guy Coquille (1523-1603) ; dans les *Institutes coutumières* de Loysel (1536 à 1617) (3). Le grand philosophe Bodin, l'auteur des six livres *de la République* (1576), est d'accord sur les idées d'unité avec nos jurisconsultes coutumiers ; il indique l'unité du droit comme une force pour le pouvoir royal. Cujas (4) avait exprimé la même idée. Dans la succession aux propres, il donne une interprétation qui a pour but de permettre au Midi d'accepter cette institution. Lebrun (5), qui le mentionne, ajoute :

---

coutume de Bordeaux en 1508 ; René CHOPIN, Barthélémy DE CHASSANEUS, etc..., avaient aussi donné des œuvres remarquables.

(2) Le principal adversaire de Dumoulin fut d'ARGENTRÉ (1568 à 1584), jurisconsulte breton. Attaché à des idées locales, il se fit l'adversaire de la codification. Il est un des principaux jurisconsultes dont le nom est attaché à la théorie des statuts.

(3) LOYSEL expose lui-même les avantages que l'unité du droit pourra retirer de son livre.

(4) CUJAS enseigna vers 1547. Il mourut en 1590.

(5) LEBRUN écrivit sur la communauté entre époux, les successions et les propres dans la première moitié du XVIIIe siècle. On retrouve les mêmes études chez RENUSSON aux XVIIe et XVIIIe siècles.

« en cela, l'on a voulu faire un décret uniforme, comme on a tenté depuis à l'égard du retrait lignager » (1). Poullain du Parc écrit dans le même esprit ses *Principes du Droit français suivant la coutume de Bretagne.* En 1747, Bourjon fait paraître son *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes.* Ce titre seul indique sa pensée (2). Avec ces jurisconsultes, le droit commun n'est donc plus un phénomène instinctif et fatal ; on ne fait plus du droit comparé sans le vouloir et sans le savoir comme autrefois, un peu comme M. Jourdain faisait de la prose. La doctrine a exercé son influence afin de préparer une nouvelle et plus vaste unification ; la direction qu'elle a donnée a été désirée et voulue. Les vœux d'unité émis par Dumoulin, Loysel et quelques autres éminents jurisconsultes ne laissent pas de doute à cet égard.

Le rôle de la doctrine fut complété par celui de la jurisprudence et celui du pouvoir royal.

Les Parlements avaient alors une juridiction puissante par suite des charges héréditaires de leurs membres, de leur rôle de contrôle et de surveillance et du pouvoir d'enregistrement que leur avait donné le roi. Dans leurs arrêts de règlement, qui sont de véritables lois, ils appliquèrent souvent le droit commun au lieu du droit

---

(1) *Succ.*, II, I, 2, n° 8.

(2) Il faut citer aussi : D'ARJON : *Institution au droit français.*

local; parfois, sans recourir au droit commun, ils émoussèrent, à l'occasion, les particularités coutumières pour prescrire un règlement général; ils collaboraient ainsi à la formation du droit nouveau.

Dans la matière des sucessions aux propres, M. Meynial cite plusieurs arrêts types qui firent jurisprudence: celui d'octobre 1595 rapporté par Brodeau qui modifia la coutume dominante pour faire triompher le système de Dumoulin (1); l'arrêt fondamental sur la règle *paterna paternis* du 21 juillet 1571 (2); les deux arrêts du 28 mai 1566 et 8 mai 1572 invoqués par Dumoulin et qui donnèrent naissance à l'art. 330 de la Coutume de Paris (3), etc. La jurisprudence joua ainsi un grand rôle dans le travail d'unification.

De son côté le pouvoir royal exerçait une action identique au moyen des ordonnances.

Il avait d'ailleurs un intérêt politique à l'unité du droit qui était un lien de cohésion entre ces sujets. Du XIIIe au XVIe siècle, les ordonnances ne s'étaient appliquées qu'au domaine royal. Mais alors les grands fiefs furent réunis à la couronne et elles s'appliquèrent à tout le royaume. Elles devinrent de plus en plus nombreuses

---

(1) MEYNIAL, p. 12.
(2) MEYNIAL, p. 13.
(3) MEYNIAL, p. 16.

et importantes (1). Presque toutes sont remarquables. Quelques-unes, celles de 1667, 1673 et 1681 sont même de véritables chefs-d'œuvre (2). Elles sont surtout l'œuvre de Colbert, Guillaume de Lamoignon (3), Pussort, Barthélemy Auzanet et Louis XIV lui-même.

A cette époque, l'idée de l'unité de législation était

---

(1) Les plus connues sont : l'ordonnance de Villers Cotterets, d'août 1539, qui s'occupe surtout de procédure et de droit criminel ; celle d'Orléans (janvier 1561) due au Chancelier de l'Hôpital ; l'ordonnance ou édit de Roussillon de janvier 1564 ; celles de Moulins (février 1566), de Blois (mai 1579). Sous Henri IV il faut signaler le code privé de Thomas Cornier, sous Louis XIII, en 1629, le célèbre code Michaud. Les ordonnances de Louis XIV sont à juste titre encore plus célèbres ; ce sont : l'ordonnance de 1667, sur la réforme de la justice, souvent utilisée par les rédacteurs de notre code de procédure ; l'ordonnance de 1669, sur les eaux et forêts dont les dispositions sont directement en vigueur ou passées dans le code forestier de 1827 ; celle de 1670, sur la justice criminelle : c'est la source de notre code d'instruction criminelle ; celle de 1673, sur le commerce ; celle de 1681, sur la marine qui resta deux cents ans notre code de la marine ; celle de 1731, sur les donations.

(2) Le mot est de M. GLASSON. Voir dans VIOLLET. Ouv. cité, p. 154.

(3) Le Président de Lamoignon avait eu le premier l'idée de réformer la législation de son parlement ; il l'entreprit avec un avocat célèbre, Auzanet. Cette œuvre privée n'aboutit pas, mais elle nous donna un ouvrage précieux : les Arrêtés du Président de Lamoignon. Son talent s'exerça d'une façon plus heureuse sur les codes officiels ; malgré que très vivement combattu par Pussort et Colbert, il prenait constamment la parole dans les conférences qui avaient lieu à ce sujet ; dans l'ordonnance criminelle de 1670, il prit la parole sur 111 articles, 35 reçurent des amendements.

devenue banale. Il ne restait plus que la difficulté d'exécution du travail. Elle trouva dans le premier des jurisconsultes du XVIIIe siècle un secours précieux. D'Aguesseau eut la bonne fortune de pouvoir réaliser comme chancelier, une partie des réformes qu'il souhaitait comme jurisconsulte. Il sut se faire aider en s'adressant, on peut dire, à tout le pays (1). Sur son initiative, le roi signa l'ordonnance de 1731, sur les donations ; celle de 1735, sur les testaments ; celle de 1747, sur les substitutions fidei commissaires : l'ordonnance de 1737, concernant le faux principal et le faux incident et la reconnaissance des écritures et signatures en matière criminelle.

§ IV. — Conclusion

« On le voit, conclut M. Esmein (2), l'ancienne France avait arrêté une portion notable de son droit dans des lois écrites, générales et uniformes. Elle avait un code de procédure civile, un code d'instruction criminelle, un code de commerce ; elle avait même codifié certaines parties du droit civil. Elle n'avait pas encore de code pénal ni rien qui en approchât. »

---

(1) ESMEIN. Ouv. cit. p. 742. « Il demanda des mémoires aux hommes compétents, consulta les parlements et institua une commission centrale qui fut comme un Conseil privé ».

(2) ESMEIN. Ouv. cit., p. 743.

Il fallait encore plus d'un demi siècle pour réaliser l'unité de législation.

Au XVIIIe siècle, les publicistes influents, notamment Voltaire et Rousseau continuèrent à la réclamer. Les Etats Généraux en firent la demande dans les cahiers et l'Assemblée nationale retint la question. Cependant, aucune des Assemblées Révolutionnaires ne réussit à opérer l'unité du droit. Il faudra, pour qu'elle se réalise, qu'un homme de la force de Napoléon s'y attache, qu'un concours de circonstances, comme celui qui se dessina au moment du Consulat, se produise.

A cette époque, le travail d'unification interne est terminé en ce sens qu'il a donné naissance à une œuvre d'ensemble (1). Sans doute la codification se modifiera ; le droit suit, comme les autres sciences, une constante évolution. Mais dès Louis XIV et Louis XV, surtout depuis le code, il existe une science plus ou moins compacte du droit français.

Ainsi s'est formé, au cours de plusieurs siècles, le droit commun législatif français. On a remarqué qu'il appartient au droit comparé en ce sens que l'unification,

---

(1) L'unité avait encore d'ailleurs des limites : La liberté des conventions rétablissait la diversité.

Depuis le code, nos législateurs nous ont donné plus de deux mille lois complémentaires. Et encore aujourd'hui, le droit réside plus dans la jurisprudence que dans les codes.

qui est son résultat, s'est produite, en partie du moins, par la comparaison des divers droits en présence : droit romain, droit canonique, droit coutumier. On sait, en effet, que le droit commun législatif est comparé ou ne l'est pas, suivant qu'il est, oui ou non, la conséquence d'un travail de fusion raisonné, ou, au contraire, de combinaisons de forces, en quelque sorte fatales.

Nos grands jurisconsultes coutumiers ont fait du droit comparé quand ils se sont servi de la comparaison des divers droits en présence pour unifier la législation. Ils n'en ont pas fait quand ils ont voulu obtenir l'application d'une coutume, au détriment des autres, pour des raisons autres que des raisons juridiques. Des raisons politiques ont, en partie, guidé Dumoulin dans son désir de voir généraliser la coutume de Paris. Enfin, diverses causes d'unification, comme l'influence des gouvernements, celle de l'évolution sociale, etc..., sont exclusives de droit comparé.

SECTION II

Formation du droit commun législatif interne à l'étranger

La même évolution juridique que nous avons constatée en France s'est produite à l'étranger ; elle mérite les mêmes observations. Aussi voudrions-nous pouvoir entreprendre, pour la plupart des législations européennes, une étude parallèle à celle que nous venons

de faire pour notre législation nationale : examiner comment un droit commun législatif s'est formé et rechercher la part que ce droit commun législatif contient de droit comparé. Il suffirait pour cela de faire, avec ce souci particulier, l'histoire de chaque législation étrangère. Mais nous ne pouvons entrer dans tous ces détails. Aussi nous bornerons-nous à exposer les grandes lignes et les principaux épisodes de l'évolution de chaque pays, en nous préoccupant surtout d'indiquer des résultats qui nous serviront au cours de cette étude.

Italie (1). — L'Italie fut conquise par les Hérules en 476 (2). Mais ceux-ci furent vaincus bientôt après, en 493, par les Ostrogoths. Les Ostrogoths avaient eu auparavant des rapports fréquents avec l'Empire romain d'Orient. Aussi, loin de vouloir supplanter le droit romain, ils le consacrèrent législativement par un édit dû à leur roi Théodoric. Le droit romain fut ainsi appliqué sans difficulté jusqu'au milieu du VIe siècle.

A cette époque, les Lombards envahirent l'Italie, et leur roi, Rotharic, fit réunir les coutumes en un code

---

(1) C. J. Lainé. *Introduction au Droit international privé*, p. 32, 1888. Chez Pichon, 24, rue Soufflot.

(2) Nous disons quelques mots de l'histoire antérieure au XIe siècle, parce qu'elle éclaire la formation du droit.

germanique ; mais il laissa aux Romains leur loi personnelle qui réussit à pénétrer dans le droit barbare.

Au moment de la Renaissance, qui eut lieu surtout en Italie tout d'abord, le droit de Justinien reprit une influence considérable en droit privé et en droit politique dans l'organisation des villes libres. Les villes, organisées en républiques, empruntèrent leurs statuts aux Romains. C'est la période brillante de l'Italie que sa situation exceptionnelle fait bénéficier particulièrement des Croisades.

Après des années florissantes, l'Italie est encore envahie. Mais les principes du droit romain survivent. Ils se localisèrent dans chaque seigneurie lors du morcellement féodal et reparurent au grand jour au moment de la rédaction des coutumes.

Avant la formation de l'unité politique, les provinces d'Italie eurent plus ou moins vite une législation particulière. En 1623, le roi Victor-Amédée publia pour le royaume de Piémont-Sardaigne, un code civil et criminel qui fut l'objet, sous son fils, en 1770, d'une nouvelle édition. Puis, tour à tour, la Sardaigne fut prise par la France et reconquise par les Piémontais. Notre code fut remplacé par celui de Victor-Emmanuel III. L'imperfection de ce dernier amena des protestations. Une Commission se réunit, et, le 1er janvier 1838, le code Albertin était promulgué. En la forme, il ressemble au nôtre ; au

fond, il reste fidèle au droit romain (1). Le code de Parme, promulgué en 1820 par la grande-duchesse Marie-Louise, ex-impératrice des Français, se rapproche plus du nôtre. Le duché de Modène obtint un code civil en 1822, sous le duc François IV. En Toscane, notre code fut appliqué en 1808, puis abandonné en 1814 ; on observa alors un grand nombre de lois ducales qui tenaient surtout du droit romain. Les États du Pape étaient régis par le droit romain en principe, sauf en ce qui concerne la procédure et le régime hypothécaire. A Naples, on appliqua plus qu'ailleurs notre législation qui fut maintenue à la Restauration et étendue à la Sicile en 1819.

En Italie, le droit commun législatif se composera donc surtout d'éléments romains et d'éléments français. Il y aura très peu de dispositions canoniques, point de dispositions germaniques sauf indirectement pour les rapports de famille.

C'est ce que nous remarquons dans le code italien dont le projet remonte à 1859 et qui fut promulgué en 1866 après que l'Italie eut conquis l'unité politique.

---

(1) Il faut distinguer le royaume de Sardaigne et l'île de Sardaigne. Cette dernière. dont nous ne nous sommes pas encore occupé, fut régie successivement par des statuts locaux et des lois royales. En 1827, elle eut un code spécial. En 1848. le code Albertin y fut mis en vigueur.

Espagne. — Les Wisigoths chassés par Clovis du milieu de la Gaule, allèrent en Espagne. Ils pratiquèrent la personnalité des lois. En 506, leur roi Alaric promulgua un code très important, connu sous le nom de *Bréviaire d'Alaric* (1). Un siècle après environ, les Wisigoths reçurent un code nouveau qui est le premier germe de législation espagnole et qui fut surtout l'œuvre d'évêques réunis en concile à Tolède. Il était composé surtout de droit canonique et de droit romain et était beaucoup trop compliqué pour les esprits d'alors qui appliquèrent les coutumes locales (2). Aussi le droit coutumier domina et pendant l'invasion des Arabes et après leur expulsion; il était lui-même formé d'éléments canoniques, germaniques et romains.

Mais à la renaissance du droit romain, l'influence romaine augmenta en même temps que celle du droit canonique et au détriment des éléments germaniques. Le code des sept parties vit son autorité assurée à la fin du moyen âge, malgré qu'un assez grand nombre de coutumes aient persisté (3).

---

(1) Il y a aussi des lois barbares des Wisigoths; la principale est le *Liber judicum* ou *Forum judicum* qu'on s'accorde à attribuer à Reccessuinthe († 672). Voir VIOLLET, ouvr. cité, p. 116 et suiv.

(2) Ce code fut appelé *Fuero Guzgo* quand il fut traduit en Castillan, vers le XIIe siècle.

(3) Il défendait, entre autres dispositions, l'application du droit romain, comme droit supplétoire.

Il y eut alors beaucoup de confusion dans le code civil. Elle ne fit qu'augmenter après la loi de 1427 qui donnait force de lois aux jurisconsultes jusqu'à Bartole.

Par la suite on tint compte davantage des coutumes, notamment dans la « *Recopilacion* » de Philippe II en 1805.

Il y a en Espagne une législation particulièrement théocratique : c'est ce qui constitue son originalité. En 1805 on distinguait encore les péchés.

Depuis 1889 l'Espagne a un Code qui atténue ce caractère.

Portugal. -- Le droit portugais a été tour à tour indépendant et dépendant. Il s'émancipe de la tutelle de l'Espagne pour la première fois en 1125 et obéit à sa législation coutumière, aux fueros ; la législation espagnole sert seulement à combler ses lacunes.

C'est pour cette raison que le roi Denis ordonne une traduction portugaise du Code des Sept-Parties.

Mais peu après on traduisit aussi les lois de Justinien qui acquirent une si grande autorité qu'il en résulta une incertitude du droit.

Des ordonnances essayèrent d'y remédier, l'ordonnance Alphonsine de 1456, et l'ordonnance Emmanueline de 1514. Il y a dès cette époque une « Cour des Suppliques » chargée d'interpréter la loi.

Les ordonnances ont été revisées en 1581, 1603, 1843.

Dans le silence du texte on suivait la coutume et le droit romain. La fusion s'opéra de telle façon que c'est surtout au droit romain que le Code portugais du 20 mars 1868 a emprunté. Le projet datait de 1858.

Allemagne. — (1) Les lois barbares régnèrent longtemps en Allemagne sans partage : c'étaient la loi Salique, la loi Ripuaire, les lois des Alamans, des Bavarois, des Frisons, des Saxons, des Thuringiens, composées presque exclusivement d'éléments germaniques.

Les Capitulaires des empereurs d'Allemagne contiennent au contraire beaucoup de droit romain.

Sous la féodalité ces diverses lois se fusionnent en coutumes et en statuts, qui, au XIIIe siècle, sont l'objet d'études importantes : le Miroir de Saxe dans le nord, le Miroir de Souabe dans le midi (2).

Mais dès avant cette époque il s'était produit un événement politique qui devait avoir une grande influence sur la législation.

Le droit romain fut admis en bloc en Allemagne, les Empereurs se prétendant les successeurs de l'Empire

---

(1) Nous passons du groupe latin au groupe germanique. Nous n'avons rien dit dans le groupe latin de la Belgique. Son histoire est intimement liée aux coutumes du nord de la France. Elle fut réunie à la France en 1795 et a emprunté presque complètement nos Codes.

(2) LAINÉ. Ouv. cit. p. 32 et suiv.

Romain. Ceux-ci favorisèrent l'extension de la doctrine répandue par les Glossateurs. Comme ils étaient aussi rois d'Italie ils attirèrent à leur cour des jurisconsultes de Bologne et envoyèrent en échange à Bologne des étudiants allemands. Ils espéraient en tirer un grand profit au point de vue de l'unité du Royaume. De fait l'influence du droit romain se généralisa en Allemagne au XIV[e] siècle. Au XV[e] il était enseigné partout dans les Universités par des jurisconsultes formés en Italie. Son importance augmenta encore au XVI[e] siècle et au commencement du XVII[e]. Mais bientôt le peuple, pour qui ce droit n'est point accessible et qui vit à la discrétion des hommes de loi, se plaint et on remarque alors deux courants distincts : celui du droit coutumier et celui du droit romain.

Le droit coutumier allemand avait été codifié comme en France au XV[e] siècle. Son enseignement s'était ajouté à celui du droit romain. Développé et étudié au XVIII[e] et au XIX[e] siècles par d'éminents esprits comme Hermann Conring et Beyer, il devint ce qu'on a appelé le « Droit Commun » allemand, tiré de la comparaison des droits particuliers des « Landrechte » locaux. Il provint de cette multiplicité de lois dans le domaine du droit privé dont toute l'Europe occidentale donnait alors le spectacle.

Son influence combattit celle du droit romain et provoqua un travail de critique historique et de com-

paraison. Paul Von Roth et Stobbe, Beselec, Gierke (1), ces deux derniers hostiles au droit romain ont été de remarquables comparatistes de droit interne. Toutefois ils s'efforcèrent moins de répudier complètement le droit romain que de l'améliorer. Cela se constate dans les divers Codes qui furent rédigés : le Code de Bavière rédigé en 1616, revisé en 1756 ; le Code de Prusse (2) de 1794 ; ce dernier était toutefois plus germanique que romain, tandis que l'autre était au contraire plus romain que germanique. Il y eut aussi des Codes pour les Grands États de Wurtemberg, de Saxe et de Bade.

En Allemagne, dès avant la formation d'un milieu politique unique, il y eut donc, en grande partie du moins, une législation unique.

On doit d'ailleurs observer qu'elle était très imparfaite (3).

Aujourd'hui, l'Allemagne a un code tout récent (4)

---

(1) Cités par M. LAMBERT dans son Rapport sur « la fonction, la méthode, l'histoire et l'enseignement du droit comparé ».

(2) Le code de Prusse est général. Il contient : Droit civil, droit commercial, droit criminel, droit administratif, droit canonique et féodal.

(3) PLANIOL. *Traité élémentaire du droit civil*, 1900, p. 44. « Le code bavarois n'est qu'un résumé de jurisprudence, une sorte de tableau de droit romain tel qu'il se pratiquait dans le pays. Le code prussien est trop long, mal distribué, surchargé de détail. Ses principes y sont étouffés par des décisions d'espèces. »

(4) Il a été mis en vigueur le 1er janvier 1900.

qui a été très soigné. Cette législation est plus romaine que personnelle et se distingue ainsi de la nôtre qui est plus personnelle que romaine.

Angleterre (1). — Les premiers habitants de l'Angleterre sont les Bretons qui sont de même race originaire que les Gaulois. C'est sur les Bretons que les Romains conquirent l'Angleterre ; ils y appliquèrent leur législation ; Papinien enseigna à York.

Mais, malgré ces origines historiques, les sources du droit anglais ne sont ni bretonne ni romaine. Elles sont au contraire saxonne et normande et résultent des deux invasions des Saxons et des Normands.

L'invasion des Saxons fut la plus terrible de toutes jusqu'à la conversion de ce peuple au christianisme. Seules, alors, les lois saxonnes purent être appliquées (2).

Au contraire, quand les Normands furent vainqueurs à leur tour, ils admirent le système de la personnalité des lois, amoindri, toutefois, par ce fait qu'ils possédaient exclusivement les fonctions publiques.

Plus tard, il se forma des coutumes plus ou moins générales qui participèrent des deux législations saxonne et normande.

---

(1) Nous prenons l'Angleterre comme type du groupe anglo-saxon, de même que nous avons pris l'Allemagne comme type du groupe germanique.

(2) Il y a le *Recueil* d'ETELLERED et celui d'ALFRED.

Tant qu'au droit romain, il parut en Angleterre, grâce à l'intervention des évêques, au moment de sa renaissance en Italie et en France; mais la résistance des étudiants anglais l'empêcha de s'y accréditer. Le droit national triompha.

Il se compose en grande partie d'un droit commun coutumier appelé la *Common Law* qui se forma, le premier de tous en Europe, au XIV[e] siècle. Il est contenu dans les *Reports*, livres qui recueillaient les décisions de justice. Les coutumes contenues dans la *Common Law* sont tantôt générales, tantôt spéciales; ces dernières traitent de privilèges fort anciens.

Elles sont le plus souvent complètement opposées aux autres législations (1).

L'autre partie du droit anglais est contenue dans les statuts qui sont l'œuvre du gouvernement royal. Il y en a environ trente-cinq mille. Autrefois ils confirmaient la *Common Law*; aujourd'hui que la société a évolué, ils la complètent ou la corrigent. C'est une forêt de lois qui ne contiennent que des détails et pas de principes.

---

(1) En effet le droit anglais n'a rien de romain. Le droit féodal au contraire a intimement pénétré le droit civil et lui donne un caractère particulier. LAINÉ. Ouv. cité, p. 37.

Voir à ce sujet, *Studies in history and jurisprudence by James Bryre. Oxford at the Clarendon Press.* 1902. Tome I, et notamment : *Essai* 1 : Création et expansion de l'empire romain et de l'empire britannique ; *Essais* 14 et 15 : la diffusion de leurs systèmes juridiques, leurs méthodes législatives et leur évolution juridique.

Les juges anglais ont un certain pouvoir pour corriger la loi qu'on appelle *l'équity*. C'est une correction incertaine et imprécise.

De tout cela, résulte une véritable confusion du droit (1) qui se fait vivement sentir aujourd'hui. Elle est d'autant plus grande qu'à la connaissance des coutumes anglaises, il faut ajouter celles des coutumes de l'Ecosse, de l'île du Man, de Jersey et de Guernesey, etc., qui ont un droit spécial pour connaître le droit de la Grande-Bretagne.

C'est-à-dire que l'Angleterre représente aujourd'hui le spectacle de la variété de législation qui existait au Moyen âge (2).

Nous avons ainsi passé en revue les principales législations de l'Europe moderne. Dans la grande majorité des pays, un droit commun législatif a remplacé la variété des dispositions coutumières et s'est formé de la fusion des éléments germaniques, canoniques et romains. Les mêmes phénomènes juridiques se sont produits, à peu près aux mêmes époques en France, en Italie, en Espagne, en Portugal et en Allemagne. Mais la fusion ne s'est point opérée partout de la même façon, si bien que les résultats en sont plus ou moins différents.

---

(1) Il faut toutefois observer que l'Angleterre a une loi des faillites.

(2) La Suisse n'a pas, non plus, de législation unique. Mais le travail d'unification y est bien plus avancé qu'en Angleterre.

La législation française est surtout personnelle ; au contraire la législation de l'Italie, celle du Portugal et celle de l'Allemagne sont moins originales ; cette dernière surtout a beaucoup emprunté au droit romain ; la législation de l'Espagne a été surtout théocratique.

En ce qui concerne l'Angleterre et la Suisse, elles n'ont pas participé, au contraire, à la même évolution juridique. Aujourd'hui encore la législation de l'Angleterre se refuse à la codification ; elle est d'ailleurs profondément différente des autres législations européennes actuelles. La Suisse, au contraire, tend à suivre prochainement, croyons-nous, l'exemple donné.

APPENDICE

Le droit comparé accessoire pendant la formation des droits communs législatifs internes

Dans l'étude que nous venons de faire, nous avons surtout mis en relief le droit commun législatif qui était nouveau pour nous ; mais, en même temps que lui, nous avons vu se manifester une autre variété de droit comparé que nous avons déjà rencontrée en Grèce et à Rome. Nous voulons parler du droit comparé accessoire.

Il n'intéresse pas le droit romain qui est une législation morte à cette époque, mais il intéresse le droit canonique et le droit coutumier. Nous avons remarqué,

en effet, que les différentes législations en présence s'éclairèrent et se perfectionnèrent les unes les autres en s'inspirant plus ou moins de leurs institutions. Chacune prit souvent pour modèle, sur des questions données, la législation voisine et en tira divers avantages. De fait, le droit romain eut sur les coutumes et sur le droit canonique une importance considérable en s'insinuant par infiltration d'abord, par interprétation ensuite; nous savons tout ce dont les droits modernes lui sont redevables, le droit allemand surtout. A son tour le droit canonique fut très apprécié et très suivi; témoins la législation espagnole et notre procédure civile. Parmi les coutumes et les chartes des villes quelques-unes aussi, notamment celles de Lorris (en Gâtinais) et de Beaumont (en Argonne) furent imitées et appliquées par un grand nombres de provinces. Ainsi, durant cette époque, à côté du droit commun législatif qui se formait, se présentait la forme du droit comparé accessoire. Ce droit comparé était même le plus puissant auxiliaire du droit commun législatif : c'est lui qui rendait les coutumes plus générales, en les faisant s'inspirer de dispositions semblables, et qui préparait l'unification du droit.

Il y avait ainsi deux variétés de droit comparé existant ensemble et poursuivant des buts différents : le droit comparé accessoire qui tend à perfectionner une législation au moyen des institutions des autres législations ;

le droit commun législatif qui tend à fusionner entre elles les diverses législations en présence pour en extraire un droit unique.

Nous les retrouverons tous deux. Seulement notre domaine va s'élargir; la comparaison, au lieu de se faire entre les coutumes d'un même pays, va se faire entre législations de pays différents; elle élargit ses frontières. Le droit comparé va devenir externe.

CHAPITRE III

DROIT COMPARÉ EXTERNE

La conception du droit comparé externe, que nous avons déjà trouvée dans l'antiquité, s'est manifestée, à notre époque, à peu près au moment de la réalisation des divers droits communs législatifs internes (1). Il y a une relation naturelle, d'ailleurs, entre la formation des droits communs législatifs internes et la conception du droit comparé externe : c'est quand un édifice est à peu près terminé, qu'on peut le comparer avec d'autres édifices du même genre ; les divers droits peuvent s'emprunter, l'un l'autre, leurs dispositions alors surtout qu'ils sont devenus des droits communs et des droits nationaux.

Le droit comparé externe peut s'appliquer à toutes les variétés de droit comparé ; il existe du moment que la comparaison a lieu entre législations de pays différents ; nous verrons qu'il peut être droit accessoire ou droit commun législatif, ou droit scientifique.

---

(1) La question du droit commun législatif interne que nous venons d'étudier, nous a entraîné un peu loin, puisque nous avons indiqué quelques codifications. Mais ce n'était là qu'une indication nécessaire pour terminer l'étude générale que nous avions entreprise et qui ne préjudicie en rien à notre historique.

Le droit comparé externe s'est manifesté d'abord dans deux œuvres qu'indique M. Pollock (1) et qui, ne sont intéressantes que comme mémoire.

Une comparaison du droit romain et du droit anglais fut faite en 1602, par William Fulbecke. Mais ce travail qui est fait en forme de dialogue et sans aucune méthode historique, ne parait avoir excité aucune attention.

L'autre auteur est plus considérable, c'est Leibnitz. Il eut l'idée de construire un grand tableau chronologique, *theatrum legale*, qui permit au lecteur de saisir d'un coup d'œil l'histoire universelle de la législation. Seulement il ne le fit pas.

Nous arrivons à une personnalité beaucoup plus marquante, à celui qui est vraiment l'initiateur du mouvement qui devait conduire aux études juridiques étrangères. Montesquieu (2) posa en principe que les théories de gouvernement et de législation doivent être contrôlées par l'observation comparée. On peut même noter qu'il employa le premier, le mot de « législation comparée » dont Sir. Fr. Pollock cherchait l'origine (3). Le mot ne serait rien en lui-même ; mais il représente

---

(1) *Le Droit comparé* : Prolégomènes de son histoire, p. 6.

(2) MONTESQUIEU était le contemporain de d'AGUESSEAU, ce qui confirme ce que nous disions au point de vue du moment où cette science du droit comparé pouvait se développer.

(3) *Journ. du Cong. Int. de Droit comparé* du 2 août 1900. Rapport de M. PICOT, p. 2.

le système qu'avait conçu Montesquieu ; « un système de législations et d'institutions comparées qui s'adoptât aux besoins politiques des diverses formes de gouvernement, en même temps qu'une doctrine de politique et de droit comparés qui s'appuyât sur une vaste observation des régimes actuellement appliqués dans les divers pays comme aux diverses époques (1). »

Aussi Montesquieu comprit qu'il fallait comparer « les divers rapports que les lois pouvaient avoir avec diverses choses », et ces choses sont clairement indiquées dans les premières éditions :

1re Partie : L. I à VIII. Les lois en général, la distinction des trois gouvernements.

2e Partie. — L. IX à XIII : Les armées, la liberté politique, les impôts.

3e Partie. — L. XIV à XIX : Climat, terrain, mœurs et manières.

4e Partie. — L. XX à XXIII : Commerce, monnaie, population.

5e Partie. — L. XXIV à XXVI : Religion, droit canonique.

6e Partie. — L. XXVII à XXXI : Histoire des lois romaines, des lois barbares et des lois féodales.

Et Montesquieu explique lui-même son plan : « Les

---

(1) Sir. Fr. POLLOCK, *l. c.*, p. 7 et aussi *Introduction à l'étude de la Science politique*, etc... Paris, 1893, p. 135.

lois doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré (1) ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs... C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer.

Il faut que les lois se rapportent à la nature et au principe du gouvernement, soit qu'elles le forment comme font les lois politiques, soit qu'elles le maintiennent comme font les lois civiles. C'est ce que j'entreprends de faire dans cet ouvrage. J'examinerai tous ces rapports ; ils forment tous ensemble ce que l'on appelle l'Esprit des Lois » (2).

Il faut remarquer que si Montesquieu avait eu des précédents au point de vue de la théorie des climats constatée par Hippocrate puis par Aristote, et plus tard au XVIe siècle par Bodin (3), « que si les anciens avaient

---

(1) Nous verrons plus tard ce qu'il faut penser de la théorie des milieux au point de vue du droit comparé.

(2) LABOULAYE sur Montesquieu : *Revue de Droit international et de Lég. comp.*, *1869*, *p. 164*.

(3) BODIN dans ses six livres sur *la République* se montre le devancier de Montesquieu, de Taine et de l'école contemporaine. Il fait voir qu'il n'y a pas à proprement parler de meilleur gouvernement. « Il

remarqué l'action de la liberté sur les mœurs des peuples, il n'y avait, semble-t-il, personne qui ait eu la hardiesse d'étudier l'influence de la religion sur les lois et qui ait fait la part du commerce et de l'industrie (1). »

On doit retenir notamment qu'en matière criminninelle il propose la supression de la question (2) ; qu'il blâme le défaut de proportion existant en France entre les peines et les crimes (3) ; qu'il trouve mauvais que le receleur soit puni des mêmes.peines que le voleur (4). Au point de vue administratif il préconise l'impôt progressif ; il voudrait voir l'impôt sur les boissons peser sur le producteur comme en Angleterre au lieu de frapper sur le consommateur comme en France (5).

Malheureusement Montesquieu n'a pu donner à son idée le développement désirable. Il arrive très rarement d'ailleurs, fait remarquer très justement Sir Fr. Pollock (6)

---

faut qu'un gouvernement naisse, pour ainsi dire, du sol et des mœurs ». Les peuples du Midi, ceux du Nord et « les mitoyens » ont des qualités et des défauts différents les uns des autres et que Bodin analyse avec sagacité, esquissant ainsi une sorte de psychologie des peuples et des races. « Tenir grand compte des différences de mœurs, dit-il, est le plus sûr moyen d'éviter les révolutions ». Cf. Alexis BERTRAND : *Grande Encyclopédie* au mot Bodin).

(1) C. J. LABOULAYE, art. cit.

(2) L. VI. chap. 17. Esp. des Lois.

(3) L. VI. chap. 16. id.

(4) L. XXIX. chap. 12. id.

(5) L. XIII. chap. 7.

(6) Rapport cité p. 8.

que l'auteur d'une généralisation de cet ordre soit à même d'achever de sa personne la construction scientifique qui devait en être le fruit. La pensée du maître se trouve en avance des résultats qui peuvent être réalisés avec les moyens d'exécution actuels.

L'initiative heureuse de Montesquieu, sans passer inaperçue, échoua cependant presque complètement. Il peut en être plusieurs raisons.

On remarquera qu'à cette époque les jurisconsultes s'intéressaient surtout dans leurs études à l'élaboration du droit interne ; et que, de plus, il y avait des différences considérables entre les institutions de chaque pays. Chaque gouvernement avait « son organisation communale et provinciale ; son organisation judiciaire ; ses principes de droit ; ses différentes classes de privilégiés ; ses institutions religieuses ; ses traditions romaines ou féodales, le tout indissolublement lié surtout en apparence à un passé de plusieurs siècles » (1).

Montesquieu le sentit si bien qu'il dit « que c'est un très grand hasard si les lois d'une nation peuvent convenir à une autre » (2).

En fait, au XVIIIe siècle, Montesquieu est un peu isolé. Ce qu'on remarqua surtout dans son livre, c'est

(1) ROLIN JACQUEMYNS. *Revue de Droit international et de Législation comparée* 1869, p. 7.

(2) Esprit des Lois. L. I, chap. 3.

l'esprit (1). Tout le XVIIIe siècle combat pour ou contre quelque idée. Il lutte pour la liberté, la tolérance, l'affranchissement en tout, c'est-à-dire la licence contre les institutions civiles et politiques, le roi, les parlements, la société et la religion.

La littérature avec Diderot, Voltaire, Rousseau, d'Alembert, Beaumarchais, est un instrument de propagande ; elle devient une arme entre leurs mains. Presque tout le XVIIIe siècle semble dépourvu d'impartialité ; on dénaturait la vérité des choses pour le service de sa cause. Partant, il n'y avait peu ou point de réelle observation comparative et d'études sérieuses et suffisamment désintéressées pour être vraies.

Il faut d'ailleurs reconnaître que ces dispositions fâcheuses du moment développaient pour l'avenir une bonne semence. Les écrivains du XVIIIe siècle se sont intéressés aux conditions changeantes de l'état politique, social et religieux. Ils se sont mis aux sciences, ils sont allés s'instruire à l'étranger. Montesquieu, pour étudier les diverses constitutions, entreprit une série de voyages en Hongrie, en Allemagne, en Italie, en Suisse, en Hollande, en Angleterre. Buffon fit avec le duc de Kingston, un voyage en Italie et à Londres. Voltaire alla à Bruxelles où il rencontra Rousseau ; il séjourna

---

(1) Mme DU DEFFAND appelait malignement l'Esprit des Lois, l'Esprit sur les Lois.

surtout en Angleterre, de 1726 à 1729. Il resta de 1750 à 1753, près du roi de Prusse. On peut soutenir que c'est en Angleterre qu'il faut chercher l'origine du mouvement philosophique français au XVIIIe siècle. C'est de là que Montesquieu a rapporté sa politique ; Condillac, son sensualisme ; Rousseau, ses idées philosophiques. Ce goût des voyages devait amener, tôt ou tard, une étude des législations étrangères.

En même temps, les nations se donnaient la main pour affermir l'autorité du droit des gens. On édifie les théories du droit naturel. Le contrat social qui veut construire la société sur des bases nouvelles, s'appuie sur l'idée abstraite d'égalité, la même pour tous. Sans doute, cette méthode pouvait aboutir à faire oublier les particularités nationales d'usage, de législation et de jurisprudence et Sir. Fr. Pollock peut y voir un empêchement à encourager les recherches comparatives.

Mais il faut convenir aussi que ce désir de rapprocher les hommes et les institutions, engageait singulièrement à se préoccuper des questions sociales et des institutions juridiques étrangères.

C'était le commencement d'un mouvement qui se dessinait. Il se développa bientôt. Il se fortifia avec les correspondances d'idées qui se faisaient chaque jour plus nombreuses avec l'étranger. Les philosophes français et allemands réclamaient des améliorations légis-

latives; on savait que les souverains de Russie, de Prusse et d'Autriche en décrétaient.

Le mouvement se précipita au point de vue politique, par suite de causes que nous n'avons pas à rechercher. Il entraîna les révolutions américaine et française qui bouleversèrent la société européenne.

Nous arrivons ainsi à l'époque moderne.

TITRE III

Le Droit comparé dans les Temps modernes

CHAPITRE PREMIER

SON ÉVOLUTION JUSQU'A LA RÉUNION DU CONGRÈS

SECTION I

Naissance du droit comparé scientifique

Sous l'influence de la commotion générale produite par la Révolution française, la tournure d'esprit se modifia. Il y eut une réaction vers le culte de l'antiquité, qui produisit des recherches historiques. L'école historique s'illustra en Allemagne avec Savigny (1); d'autres hommes exercèrent bientôt une grande influence : Bastian, « en cherchant les manifestations des pensées des peuples et ces pensées elles-mêmes », avait été amené à expliquer les ressemblances qui existent chez les divers peuples, tant du passé que du présent, en se basant sur une interprétation psychologique (2).

---

(1) RUDOLF VON JHERING a corrigé de nos jours les tendances parfois exclusivistes de la génération de SAVIGNY. Sir POLLOCK, R. cité, p. 11.

(2) Lire des développements de ces œuvres sociologiques dans le *Précis de sociologie* de GUMPLOWICZ, traduit par Charles BAYE, Paris, Chaillou, éditeur, 1896; BASTIAN, p. 38 et suiv.; POST, p. 77.

Post avait eu l'idée d'un développement régulier du droit chez tous les peuples (1). Leurs travaux philosophiques avaient ainsi apporté un appoint considérable aux sciences sociales et aux sciences juridiques. En Angleterre, Sumner Maine comparait les systèmes juridiques des diverses sociétés pour en confronter le contenu. Il s'occupait aussi d'archéologie juridique.

En France, dès que la paix fut rétablie sous la Restauration, un mouvement scientifique et historique se produisit. Il y eut une renaissance de l'histoire avec Augustin Thierry, Guizot, Thiers, Michelet. La philosophie se renouvela. Gumplowicz cite justement le nom d'Auguste Comte à côté de ceux de Bastian et de Post. Ce fut l'éclosion d'une nouvelle force intellectuelle. « Chacun, dit sir Pollock, admira, s'étonna ou se récria selon sa manière de voir. Il y avait, pendant un temps considérable, des combats aux péripéties émouvantes. A la fin de dix ans tout le monde parlait librement d'évolutionisme et de méthode comparée ». Aussi, quand, en 1878, M. le professeur Bernhœft (3) indiquera les buts variés de la science du droit comparé, il n'oubliera

---

(1) Il faut aussi citer les noms d'HERBERT SPENCER, de SCHŒFFLE, de LILIENFELD, de DE ROBERTY, de LIPPERT. GUMPLOWICZ, donne une analyse de leurs ouvrages.

(2) Rap. cit., p. 11.

(3) Dans l'article paru en tête du premier volume de la *Zeitschrift für vergleicheude Rechtswissenschaft.*

point d'indiquer la direction ethnologique et la direction historique qui n'en est qu'une variante, car elle a pour but d'orienter les recherches ethnologiques.

SECTION II

Développement du droit comparé externe

Ces mêmes événements avaient favorisé la connaissance du droit étranger.

En l'an X, un bureau spécial avait été institué en France, au Ministère de la Justice, pour s'occuper de traduire et de publier les principales lois des pays étrangers ; il acheva la traduction du code général des Etats prussiens. Au moment de la rédaction de notre code civil, ce bureau eut été très utile pour s'inspirer des législations étrangères ; mais il était supprimé. Les rédacteurs du code firent peu d'emprunts à l'étranger.

Au contraire, notre code fut alors traduit dans un grand nombre de langues étrangères : en allemand, en anglais, en latin, en espagnol, en polonais. Les conquêtes de Napoléon furent en partie la cause de ces traductions.

En France, la tentative de l'an X d'entreprendre une collection des lois étrangères, fut reprise, en 1833, par Victor Foucher. Sa collection publiée de 1833 à 1862, contient onze volumes (1). A la même époque, une

(1) DARRAS. — « Des modes d'information relatifs à la connaissance et à l'application des lois étrangères : statistiques, communications

revue étrangère de législation et d'économie politique fut publiée par Fœlix (1834). Fœlix constate, dans l'introduction, que toutes les nations s'unissent dans un pacte universel pour communiquer et recueillir les leçons de l'expérience. Il ajoute (p. 2) : « l'étude des législations étrangères présente l'avantage non seulement d'agrandir le cercle de nos connaissances et de satisfaire une juste curiosité, mais aussi de faire connaître, par l'application de la méthode comparative, les améliorations dont la législation nationale est susceptible, les défectuosités qui la déparent, avec le moyen de faire disparaître celles-ci et d'accélérer celles-là. »

Le recueil de Fœlix, qui commence en 1834, est le premier qui ait paru après celui de Victor Foucher commencé en 1833. Désormais, il est convenu qu'on éclairera le droit national par des traductions étrangères. Le recueil de Fœlix se poursuivra jusqu'en 1850, celui de Foucher jusqu'en 1862, contenant chacun une traduction et une analyse des différents codes en vigueur.

---

internationales, preuve du droit étranger. » Rapport présenté au Congrès, p. 9.

FOUCHER publia le Code de Commerce allemand (1832), le Code Pénal de l'empire d'Autriche (1833), le Code Civil de l'empire d'Autriche (1837), le Code Criminel de l'empire du Brésil (1836), le Code de Commerce et de Procédure commerciale d'Espagne (1838), le Code de Commerce du royaume de Hollande (1839), le Code Civil de l'empire de Russie et le Code de Procédure du canton de Genève (1837).

A la même époque, Anthoine de Saint-Joseph publie des concordances entre la législation française et les législations étrangères (1). Il y eut quelques autres traductions : celle du code pénal de Bavière par Vatel, 1852, du code pénal prussien par Ryplls, 1862, du code civil italien par Hac et Ortier et par Gandolfi, 1868 (2).

En même temps l'étude du droit comparé pénétrait dans l'enseignement. Dès l'année 1846, une chaire de droit criminel et de législation pénale comparée, était créée à la Faculté de droit de Paris, au profit de M. Ortolan (3).

Des sociétés se fondèrent bientôt dans le même but de vulgarisation des législations étrangères. La première en date est la société anglaise fondée en 1857 ; elle fut suivie de la société américaine, en 1865, de la société allemande et de la société belge ; cette dernière a été fondée comme la société française en 1869 (4). Nous

---

(1) 1847. Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises.

1851. Concordance entre les Codes de Commerce.

1856. 2e édit. Concordance entre les Codes Civils.

(2) Nous complétons notre bibliographie personnelle par la remarquable étude de M. DARRAS sur les modes d'information relatives, etc., que nous venons de citer.

(3) Rapport de M. ESMEIN, p. 2.

(4) Il semble que M. Darras se méprenne quand il constate que la société anglaise a été fondée sur le modèle de la nôtre, p. 12.

voyons que l'idée de Fœlix est toujours prédominante. On lit, en effet, dans les statuts de notre société

But de la société :

I. — Une société est constituée sous le nom de société de législation comparée.

II. — Elle a pour objet l'étude des lois des différents pays et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation (1).

L'épigraphe de la société américaine disait la même chose d'une façon plus solennelle : « La propre étude de l'homme, c'est l'homme. »

Notre société qui devait avoir une influence notable sur la science du droit comparé, donne, dans le premier numéro de son *Bulletin*, une communication d'un projet de code international faite par la société anglaise sur l'état des personnes, les droits personnels des étrangers, etc... M. Helbronner fait un rapport sur la question. Il y a une étude de M. Picot (2) sur l'extradition, une communication de M. Bufnoir sur l'art. 826 (3), un article très curieux sur le recrutement des fonction-

(1) Il faut noter un important organe allemand : la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, créé à Stuttgart, en 1898, par MM. Bernhœft et Georg Cohn, qui se sont associés depuis avec M. Joseph Kohler, et aussi la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Romanishische Abtheilung. Weimar Bohlaus.*

(2) M. PICOT a été président du Congrès international.

(3) Page 130.

naires aux Etats-Unis (1), une étude du projet de code pénal de l'Allemagne du Nord (2), etc...

Ces travaux qui se sont continués sans interruption depuis 1869, ont eu une réelle importance sur des questions données. Ils ont puissamment contribué à la vulgarisation du droit étranger par la publication des études qui sont contenues dans le *Bulletin* de la Société et dans deux autres recueils postérieurs : l'*Annuaire de Législation étrangère* et l'*Annuaire de Législation française*.

Désormais il y a une tendance marquée du côté de ces études. On en trouve des traces, depuis environ dix ans, dans des thèses de doctorat (3). Le Parlement fait des appels de plus en plus fréquents aux législations étrangères ; quand une loi nouvelle est proposée,

---

(1) Page 104.

(2) Page 150. Ces études sont tantôt des études de droit étranger, tantôt des études de droit comparé. Nous examinerons l'intérêt de cette distinction quand nous délimiterons le domaine du droit comparé accessoire.

(3) Parmi les premières : Lucien GEORGE : Du sursis conditionnel à l'exécution de la peine (loi du 26 mars 1891) et de la libération conditionnelle (loi du 14 août 1885). *Étude de droit français et de droit comparé*. Nancy, 1895.

René FAHY : *Étude de droit comparé sur l'électorat politique*. Grenoble, 1897.

Henri CHOLLET : Des limitations à la puissance paternelle sur la

le rapporteur s'empresse d'indiquer les résultats qu'elle a pu déjà donner.

C'est que nous avons fait du chemin depuis Montesquieu. « Que sont devenus, disait M. Rolin Jæquemyns, la plupart de ces caractères spéciaux dont le fond forme l'esprit des lois : La nature ou le principe du gouvernement ? C'est aujourd'hui presque chez tous les peuples civilisés le principe représentatif, tantôt sous la forme républicaine, tantôt sous la forme monarchique. La religion ? En général tous les cultes sont libres. Les mœurs, les manières ? Elles tendent de plus en plus à se rapprocher... Le terrain, le climat ? La prodigieuse facilité de transports, l'amélioration dans les besoins de la vie domestique, dans l'observation des règles de l'hygiène, tendent à assimiler les formes extérieures de l'existence sous les latitudes les plus diverses » (1).

En même temps que les mœurs et les institutions des États tendent à se rapprocher, on multiplie les moyens d'information pour arriver à la connaissance du droit

---

personne de l'enfant. *Étude de droit français et de droit comparé.* Nancy, 1897.

A. GUNTZBERGER : De l'extension des droits de la femme mariée sur les produits de son industrie personnelle. *Étude de législation et de droit comparé.* Paris, 1896.

(1) Rolin JÆQUEMYNS. De l'étude de la législation comparée et du droit international dans *Revue de droit international et de législation comparée,* 1869, p. 8.

étranger. On ouvre des enquêtes; à Londres, en 1894, on a publié le résultat d'une de ces enquêtes édifiée dans le but de connaître l'état législatif des divers pays étrangers en matière de patronalité et de naturalisation. On crée des bureaux au ministère (1). On établit des communications entre états; le plus important traité à ce sujet est celui de Bruxelles du 15 mars 1886 (2); il établit des enquêtes entre tribunaux pour éclairer la solution d'un procès déjà né ou la connaissance d'un point litigieux. Les Consuls délivrent souvent sur demande des certificats officiels qui sont, soit des actes de notoriété, soit des renseignements juridiques. Enfin il y a aujourd'hui, dans toutes les Facultés, des cours de droit comparé qui reposent sur la connaissance du droit étranger.

La science du droit comparé externe, accessoire des études de droit national, avait donc fait des progrès et réalisé des travaux remarquables quand se réunit le Congrès international de droit comparé.

---

(1) En Espagne, en 1884; en Belgique, en 1887; en France, en 1876, et en Portugal, en 1889, on organise des bibliothèques.

(2) DARRAS, Rap. cité, p. 17.

CHAPITRE II

ŒUVRE DU CONGRÈS

Nous avons dit en commençant ce travail comment et par qui le Congrès avait été convoqué.

M. Saleilles (1), professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, publia un rapport sur son « Utilité, son But et son Programme ». Dans sa pensée, le Congrès était une sorte de consultation internationale, destinée à provoquer des échanges de vues au sujet d'une science en voie de formation, et qui se détachait chaque jour d'un domaine plus général pour se constituer à titre indépendant. « Il voulait faire du droit comparé une science qui ait son objet propre nettement précisé, ses lois mieux définies, sa méthode définitivement trouvée » (2).

Il ne faudrait pas croire cependant que le Congrès ait ramené à l'unité les diverses conceptions du droit comparé. Toutes ces conceptions ont été étudiées, tantôt séparément, tantôt successivement ou cumulativement ; elles restent entières ; elles sont même augmentées.

---

(1) Nous devons à l'amabilité de M. SALEILLES la communication de nombreux rapports et nous sommes heureux de pouvoir lui exprimer ici toute notre gratitude.

(2) Rapport cité, p. 10.

M. Saleilles a proposé une série d'observations qui sont la conséquence d'une idée personnelle ; dans son système, le droit comparé aurait pour but de dégager, de la comparaison des législations, un idéal relatif universel. M. Lambert s'est attaché à une autre idée. Nous avons vu dans cet historique comment un droit commun législatif s'était formé dans la plupart des nations européennes. M. Lambert veut aujourd'hui former un droit commun législatif entre diverses de ces nations. Il veut accomplir sur ceux des droits nationaux qui s'y prêtent, le même travail de fécondation et de rapprochement qui fut entrepris sur les coutumes.

En dehors de ces deux conceptions spéciales, celle qui a donné lieu aux plus longs développements est celle du droit accessoire. On a étudié l'utilité qu'elle pouvait avoir en général dans un grand nombre de rapports (1) ; de plus, on a pris soin de remarquer l'utilité qu'elle pouvait présenter en particulier pour chaque catégorie de droit, notamment : pour le droit civil (rapport de M. Weiss) ; pour le droit commercial (rapport de M. Lyon Caen) ; pour le droit public (rapport de

(1) Notamment dans le rapport de M. Zitelmann ; dans celui de M. Saleilles (2e partie) ; dans celui de MM. Josserand, de la Grasserie, Kolher (ces derniers indiqués dans le rapport de M. Lambert). Tous ces rapports sont indiqués dans notre bibliographie ; nous retrouverons au cours de notre travail ceux que nous avons pu consulter.

MM. Deslandres et Larnaude) ; pour la criminologie (rapport de M. Pic), etc.

Le droit scientifique est surtout etudié par MM. Tarde, Kovalewsky, Esmein, Zitelmann, etc. La première partie du rapport de M. Saleilles, dans laquelle il expose sa conception personnelle, appartient au même ordre d'idées. M. Lambert (1) indique aussi à ce sujet le rapport de M. de la Grasserie.

Le Congrès a ainsi étudié et développé les conceptions connues de droit comparé. Il a donné lieu à une nouvelle théorie : celle de M. Saleilles, et il a posé avec M. Lambert un problème nouveau.

Ces constatations font comprendre comment en lisant sans préparation les différents rapports on se trouve embarrassé. Il semble, à première vue, impossible de les coordonner, et il faut une lecture très attentive et réfléchie pour y arriver. C'est qu'en effet, si notre science est riche en conceptions, son vocabulaire est des plus pauvres. Le mot droit comparé est seul employé, ou peu s'en faut, pour exprimer à la fois toutes ces sciences

---

(1) Le rapport de M. LAMBERT est en effet un rapport général qui indique, outre la conception du droit commun législatif externe, les autres conceptions connues de droit comparé. Il m'a été obligeamment communiqué et m'a donné une idée générale des rapports que je ne possédais pas. Ce sont notamment ceux de MM. LAINÉ, SOHM, MENTHA, JOSSERAND, KOHLER, DE LA GRASSERIE, et BRIE de Breslau.

différentes, qui portent toutes le même pavillon, et prêtent à des confusions regrettables.

Nous en avons ainsi fini avec l'histoire du droit comparé. Dans l'antiquité, nous avons remarqué des traces de droit comparé accessoire et quelque ébauche de droit comparé historique. Puis, nous avons vu naître dans l'ancienne Gaule, au moyen âge, et jusqu'à la formation des droits modernes, un droit comparé qui est un droit commun législatif interne. Quand les droits modernes ont été à peu près formés, les horizons de la science se sont élargis; le droit comparé externe s'est développé. A la suite du mouvement historique qui a accompagné la Restauration, nous avons remarqué l'éclosion de ce droit nouveau, qui est un droit comparé historique et scientifique. Enfin, au Congrès de 1900, M. Lambert apprendra qu'il fait une tentative de droit commun législatif externe.

Il nous reste à examiner ces différentes conceptions.

DEUXIÈME PARTIE

Exposé des conceptions actuelles de Droit comparé. — Généralités

Nous devons remarquer que nous n'avons plus à étudier toutes ces conceptions. Nous avons indiqué suffisamment la conception du droit commun législatif interne. Nous avons vu comment les divers droits s'étaient formés, comment la plupart avaient été codifiés. Il nous reste simplement à faire remarquer que l'unité d'une législation n'est jamais qu'apparente. La législation se modifie insensiblement avec les nouvelles découvertes et les transformations sociales. Elle n'est jamais cristallisée. Mais pour nous, du moment qu'elle est une et qu'elle est codifiée, cela suffit.

De telle sorte que le droit commun législatif interne, aujourd'hui, ne saurait plus être étudié avec intérêt que pour l'Angleterre et la Suisse, et nous laissons ce soin à leurs nationaux. En Suisse, M. Eugène Hubert s'en occupe avec tout son talent (1).

---

(1) M. Mentha a donné au Congrès une notice sur l'état des travaux préparatoires d'un code civil suisse et une analyse sommaire des deux premiers livres d'un projet de code suisse. Dans le *Bulletin de*

Il nous reste donc à déterminer et à indiquer les conceptions du droit historique et scientifique, du droit accessoire et du droit commun législatif externe. C'est toujours le même travail de comparaison s'appliquant à des buts différents : le droit scientifique vise en quelque sorte la raison pure et les deux autres la raison pratique ; le premier veut un travail d'ordre spéculatif, les autres un travail d'ordre appliqué ; ceux-ci visent à un but d'action plus immédiat que l'autre. L'un, pourrait-on dire, est une science et les autres une science et un art.

Lég. Com. 1900-1901, p. 361, il donne une notice sur les travaux préparatoires du code civil suisse.

En ce qui concerne aujourd'hui, pour le droit français, les ouvrages relatifs au droit commun législatif interne, on peut citer : Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière sucessorale par Dr A. DE BRANDT, traduit de l'allemand par M. E. RÉGNIER, avec une préface de M. G. BLONDEL. Paris, LAROSE 1901. Analysé dans le *Bulletin de Lég. Comp.*, 1901, p. 558.

Les différents régimes matrimoniaux admis en France ; la part de chacun par L. ADAM, avoué à Yvetot, mémoire présenté du Congrès. *Bulletin de Lég. Comp.*, 1899-1900, p. 562 à 576.

I

Le Droit comparé scientifique

CHAPITRE PREMIER

L'IDÉE SUR LAQUELLE IL REPOSE

L'école historique a démontré brillamment la relativité du droit. Elle a montré qu'il se transforme « sous la poussée des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs aspirations économiques », « en dépit de toutes les résistances et de tous les éléments de conservation et de permanence qu'il consolide en lui et autour de lui » (1).

Elle a montré que, loin d'être absolu et de reposer sur des principes immuables et universels, le droit est progressif, changeant et relatif ; qu'il varie suivant les temps et les pays, qu'il naît comme la plante sur le sol préparé (2).

---

(1) M. SALEILLES dans son article intitulé : École historique et Droit naturel. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, p. 94. Dans ce passage il analyse le livre de STAMMLER : *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (1896).

(2) Ce mot est de TAINE.

Le droit est, en effet, suivant l'idée actuellement dominante, un organisme objectif de la liberté humaine.

Il ne doit pas son origine à la pensée du législateur. Il est, comme le langage d'un peuple, le produit interne et réglé de l'histoire.

« L'intention et le calcul humain contribuent à le former, mais l'un et l'autre trouvent plus qu'ils ne créent, car la naissance et la formation des rapports dans lesquels se meut la vie de l'espèce humaine ne dépendent point d'eux (1). »

Le droit se place ainsi dans les sciences, à côté des sciences de faits comme la physique, la chimie, la botanique, la zoologie, parmi lesquelles est venue se ranger depuis le commencement du siècle la science des sociétés ou sociologie (2).

Il y a un monde juridique dans le monde intellectuel et moral, comme il y a un monde astral et un monde sidéral dans le monde physique. Ce monde a une réalité objective : ce sont les faits juridiques. « Le droit existe d'ailleurs pour se réaliser (3). La réalisation est la vie et la vérité du droit ; elle est le droit lui-même ». C'est pour cela que Jhering veut qu'on étudie l'analyse de la

---

(1) VON JHERING. Ouv. cité, t. I, p. 26.

(2) Lire à ce sujet, la classification des sciences dans Espinas : *Histoire des doctrines économiques*. Paris, A. COLIN.

(3) VON JHERING, Ouv. cit., t. III, p. 15.

matière juridique, sa concentration logique et son ordonnance systématique. Gumplowicz indique quelques lois qui sont générales et s'appliquent au droit comme aux sciences naturelles : La loi de causalité : tout phénomène est la résultante de causes antérieures ; la loi de développement : tout phénomène n'est qu'une phase momentanée ; la loi de régularité de développement ; la loi de périodicité ; la loi de complexité dans les corps, les idées, les formes sociales ; la loi de l'action réciproque d'éléments hétérogènes ; la loi de finalité générale : à quoi servent les feuilles dans la plante, les actions dans la société ? la loi d'identité d'essence des forces et des processus ; la loi de parallélisme (1). Tout cela vient du grand principe qui est le moteur du monde (2). Et Gumplowicz ajoutera : « le droit est une création sociale, une forme de vie en commun produite par la rencontre de groupes sociaux hétérogènes et iné-

(1) Voici quelques autres ressemblances : Pour naître, le corps juridique est soumis à des conditions d'existence (suspensive, résolutoire) ; s'il vit, il peut être paralysé d'une façon durable ou passagère (interruption, suspension de prescription) ; il est divisible ou indivisible ; il peut s'accroître (droit d'accroissement, alluvions) ; il peut être viager (usufruit) ; il peut exister seul ou simultanément avec un autre (hypothèque et créance) ; il est compatible ou incompatible avec d'autres droits (question du cumul) ; la mort d'un droit peut entraîner celle d'un autre (cautionnement). Les corps juridiques peuvent se classer comme les corps naturels (ils sont réels et personnels) etc...

(2) Cf. *Précis de sociologie*, par Louis GUMPLOWICZ, p. 120.

gaux en puissance » (1). Et plus loin : « Le droit imposé se transforme à la longue en coutume et en morale, ce qui provient des nécessités de la vie. C'est vrai pour le droit public et aussi pour le droit privé ; il suffit de se rappeler les variations sur le taux de l'intérêt produites par les besoins économiques. Il faut s'occuper de la morale d'aujourd'hui... Il n'est pas au pouvoir de l'homme de supprimer ou de contenir la nécessité immanente en vertu de laquelle il se meut et il a sa tendance. Il est lui-même une partie du monde social et un des éléments des phénomènes sociaux. Il est impuissant contre les choses nécessaires même dans le monde scientifique, aussi dans les domaines législatif et politique ; il ne peut aspirer qu'à mettre un bouchon de taille convenable au goulot de la bouteille. »

Les principes n'ont point, en droit, de portée absolue ; ils sont le produit du milieu social qui prend une forme différente à des époques et dans des zones différentes.

Le droit comparé scientifique repose sur cette idée, car il n'existerait pas sans elle.

Si le droit était immuable, il ne faudrait pas songer à en expliquer les transformations et à essayer de dégager les lois générales de son développement, qui

(1) GUMPLOWICZ. Ouv. cit., p. 310.

(2) *Id.*, p. 311.

sont les conséquences des lois auxquelles obéissent les transformations de la vie sociale.

Du moment, au contraire, que le droit se transforme, le droit comparé scientifique existe.

Il est historique, car l'histoire est inséparable des évolutions sociales et juridiques. C'est à l'aide de l'histoire qu'on établira la relativité du droit.

Il est sociologique, car il indique la série des faits et leur continuité, la marche de la vie sociale et juridique.

A dire vrai, ces deux points de vue se rattachent et forment une même question et une même étude.

Le droit est sociologique, en effet, en ce sens que le jurisconsulte doit établir la réalité des faits, les situer exactement dans l'espace et dans le temps, les classer par ordre d'importance et par rang d'âge, déterminer ceux qui ont engendré la vie et en former une chaîne aux mailles serrées et résistantes.

Jhering dit aussi : « Ce qui est essentiel dans l'étude de l'histoire, c'est la corrélation des faits, l'unité de développement, la connexion historique (1). Il faut établir que la succession des diverses phases des institutions est intimement concordante (2), que l'histoire du droit

---

(1) VAN JHERING, ouv. cit. tome Ier, p. 65.

(2) C'est là un travail très délicat, dont M. DE ROZIÈRE (*Cours d'histoire des Législations comparées. Revue de Législation ancienne et moderne*, 1872, p. 55), à un point de vue particulier, a bien précisé la difficulté.

laisse une impression d'unité aussi bien par rapport à un moment de temps déterminé que par rapport à tout son cours successif ; en d'autres termes que l'unité existe dans l'ensemble, comme elle existe dans la succession (1). »

On voit ainsi comment l'historien et le sociologue se donnent la main, si bien que M. Espinas peut penser avec juste raison que l'histoire ainsi comprise n'est qu'une partie de la sociologie. M. Saleilles (2) dit aussi que la thèse célèbre de l'école historique de Savigny est une thèse avant tout de sociologie juridique.

(1) VON JHERING, tome I, p. 69.

(2) SALEILLES, p. 4, dans son Rapport : *Conception et objet de la science du droit comparé.*

CHAPITRE II

OBJET DU DROIT COMPARÉ SCIENTIFIQUE

Le droit comparé scientifique est ainsi redevable à l'école historique de la constatation de la relativité du droit.

Mais quel est exactement son domaine ? Se confond-il avec la sociologie ou a-t-il une mission différente et un rôle spécial ? S'il a un champ d'action séparé, quel est-il ?

C'est un point délicat et diversement apprécié.

SECTION I

Conceptions de MM. Tarde, de la Grasserie, Lambert Zitelmann et Kovalewsky.

M. Tarde (1) examine la question que nous venons de poser ; d'après lui, le droit comparé dépend de l'idée qui aura dominé et dirigé les recherches du jurisconsulte comparatiste. Si cette idée (2), directrice et dominante, est l'hypothèse accréditée par la notion de société-organisme, que l'évolution du droit est un enchaîne-

---

(1) *Le droit comparé et la sociologie.* Mémoire présenté au Congrès de Droit comparé par M. G. TARDE, professeur au Collège de France.

(2) G. TARDE. Mémoire cité, p. 2.

ment réglé, uniforme et inévitable, de phases successives, à travers des variantes insignifiantes, pareil à la série des états embryonnaires de l'être vivant, le droit comparé ne saurait avoir pour but que le tracé de cette trajectoire (1). Le seul intérêt de sa collection de coutumes et de lois différentes, qui grossit sans cesse, c'est donc de combler par de nouveaux points les lacunes de cette courbe. Ce point de vue semble être aussi celui de M. de la Grasserie (2), qui propose au droit comparé d'indiquer seulement la série des faits. Dans ce cas, la tâche de la sociologie juridique serait de se préoccuper des lois de leur enchaînement. Nous croyons, avec M. Lambert, que c'est une chimère (3). Les deux études sont inséparables l'une de l'autre; on ne fait pas l'un sans l'autre, et celui qui indiquera la série des faits,

---

(1) GUMPLOWICZ est en ce sens. Voici les différentes périodes qu'il indique : la horde primitive avec le droit maternel, la communauté des femmes et le rapt dans le mariage; l'État et la formation des classes; la Société; les Sociétés et leurs causes génératrices. Il montre le cycle des luttes sociales : la liberté et l'égalité dans la horde primitive; le pouvoir et l'inégalité maintenus par le droit et la loi; la liberté et l'égalité dans la révolution menant à l'anarchie; enfin l'autorité réactionnaire avec une restauration; puis un nouveau développement.

(2) *Conception générale et définition du droit comparé*. Mémoire présenté au Congrès par M. DE LA GRASSERIE, juge au Tribunal Civil de Rennes. Nous ne connaissons de ce rapport que ce qu'en dit M. Lambert.

(3) LAMBERT. Rapport cité.

se préoccupera par là même des lois de leur enchaînement.

L'idée directrice du jurisconsulte comparatiste peut être au contraire « bien moins de collectionner indéfiniment des droits exhumés, que d'élaborer une classification naturelle, c'est-à-dire rationnelle, des types juridiques, des embranchements et des familles de droit (1) ». C'est l'idée préférée de M. Tarde. Il estime « qu'il n'y a pas une seule évolution naturelle du droit, qu'il y en a plusieurs », ce qui signifie qu'il y a des types juridiques distincts, susceptibles de se réaliser par des chemins différents. Tracer « cette carte routière » (2) est, pour lui, la première œuvre qui s'impose à la science générale du droit ; elle aura à travailler ensuite, dans les limites de ce cadre désormais formé, comme la biologie a travaillé, avec Darwin et d'autres, sur les classifications de Jussieu et de Cuvier, préalablement établies dans leurs grandes lignes. Et M. Tarde cherchera comment opérer cette classification naturelle (3).

Mais, qu'il y ait une seule évolution naturelle du droit ou qu'il y en ait plusieurs, cela ne change rien au caractère même des deux études. Aussi M. Tarde reconnaît-il, qu'en réalité, quand, de nos jours, on

---

(1) TARDE. Mémoire cité, p. 3 et 4.
(2) TARDE. Mémoire cité, p. 4.
(3) TARDE. Mémoire cité, p. 4, 5 et suiv.

s'occupe de droit comparé, il est impossible qu'on ne fasse pas de la sociologie, sciemment ou à son insu. Et il estime qu'on risque fort d'en faire de très mauvaise quand on en fait sans le savoir (1).

Dans ces différentes conceptions, le droit comparé scientifique étudie le droit dans le temps et dans l'espace.

Il examine les origines du droit dans tous les pays, puis il étudie « quel ordre juridique correspond au régime du clan, à celui de la communauté rurale et du fief, etc. ; quel est le lien intime entre les diverses normes juridiques dans chacune de ces phases sociales ? Qu'est-ce qui, dans un système de droit donné, peut être considéré comme étant la survivance du passé et qu'est-ce qui représente les germes de l'avenir ? Qu'est-ce qui meurt et qu'est-ce qui naît, qu'est-ce qui, par conséquent, doit être écarté et qu'est-ce qu'il faut compléter et perfectionner ? » (2).

D'un autre côté, il classifie les types juridiques qu'il doit connaître et étudier dans les différents pays. Il découvre des familles de droit. L'école historique les utilisera et pourra appliquer, nous le verrons, aux

---

(1) TARDE. Mémoire cité, p. 2.

(2) *La Sociologie et l'histoire comparée du Droit.* Rapport présenté au Congrès par Maxime KOVALEWSKY, membre correspondant de l'Académie des sciences de Saint-Pétersbourg, page 9.

membres inconnus de la famille, les règles et les institutions qui existent chez les autres membres.

En même temps cette classification des types juridiques entraîne celle des groupes juridiques. M. Esmein les établira au Congrès.

Dans ces conditions, le droit comparé scientifique n'est-il pas la sociologie juridique elle-même établie sur des bases expérimentales ? (1).

SECTION II

Conception de M. Saleilles

Si le droit comparé scientifique a un domaine propre, il est tout autre. Il nous est indiqué dans deux études très intéressantes de M. Saleilles (2).

D'après M. Saleilles, le droit comparé scientifique (3) cherche à définir « l'idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats, pour une institution déterminée,

(1) C'est l'opinion de M. Lambert dans son rapport. M. ZITELMANN, dans le rapport remarquable qu'il a envoyé au Congrès, sur les *Différents rôles et la portée à attribuer au Droit comparé*, rattache aussi au droit comparé scientifique les résultats dont on est redevable à la méthode comparative.

(2) Rapport de M. SALEILLES, *Conception et objet de la science du Droit comparé*, p. 1 à 14, et aussi son étude citée : *École historique et Droit naturel*, dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, nº 1, p. 80.

(3) M. Saleilles l'appelle « droit comparé indépendant ».

en tenant compte de l'état économique et social auquel il doit correspondre, mais sans se placer au point de vue de ses possibilités immédiates d'application. » (1).

Il représente la part individuelle d'initiative du droit. Il indique dans quel sens doit se faire, d'après la comparaison du droit étranger, l'orientation juridique pour un état social donné.

Il faut quelque peu éclaircir ces notions, car les mots « idéal relatif » ne sont étymologiquement exacts qu'en un certain sens. On conçoit très bien, en effet, que pour découvrir et perfectionner le droit, on ait en vue un idéal, c'est-à-dire un modèle plus parfait qu'on invite à suivre. On sait aussi que cet idéal peut se modifier par suite des transformations sociales et juridiques. Ainsi, dans l'Europe coutumière, où les lois locales étaient différentes de fief à fief, l'unification du droit était l'idéal; aujourd'hui, où l'unité législative existe par Etats, l'unification du droit est un autre idéal pour certains esprits. Plus spécialement, l'amélioration de chaque question juridique donne lieu à des propositions qui varient sans cesse, par suite des mêmes causes. Seulement, si la succession, qui peut être assez rapide d'un idéal à un autre idéal, est relative, l'idéal, lui, est absolu car les éléments qui le composent sont fixes au moment où on les examine.

(1) Rapport, p. 7.

Si nous nous plaçons au point de vue de M. Saleilles, le droit comparé peut nous faire entrevoir, dans les diverses législations, un ensemble de désirs qui forme un idéal général. M. Saleilles dit qu'il est relatif. Cela ne peut signifier qu'il est incertain et flottant.

Comment serait-ce alors un idéal ? Comment pourrait-on le déterminer ? Nous croyons, au contraire, qu'il est absolu au moment où on l'envisage, parce qu'il est composé d'éléments fixes à cet instant ; il constitue alors une espérance unique et invariable, qui exclut toute relativité. Cela ne l'empêchera pas de changer, plus tard, à la suite des mêmes transformations; mais il ne devra le faire que lorsque ces transformations seront effectuées. Nous allons voir, d'ailleurs, que la pensée de M. Saleilles semble bien être la même que la nôtre ; son idéal est un idéal véritable, mais à « contenu variable. »

Les explications qu'il donne, en effet, à ce sujet, dans son rapport, se complètent par les observations qu'il a publiées dans un article récent dans lequel il recherche de quel côté semble s'orienter aujourd'hui la science du droit (1). « Un courant nouveau (2), dit-il, tend à prendre comme mesure d'appréciation du droit existant, le pos-

---

(1) « École historique et droit naturel » dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 101.

(2) WINDCHEID l'avait fait pressentir. *Même revue*, p. 92.

tulat d'un droit idéal, non plus absolu, mais essentiellement relatif, au moins dans son adaptation au milieu historique d'une époque donnée ». Il date surtout de l'œuvre de Stammler. Ce jurisconsulte a montré ce que l'attitude d'immobilisation prise par l'école historique avait de fâcheux et d'antijuridique. L'école historique, n'a de rôle à jouer, dans le domaine du droit, en dehors de celui de l'histoire, que si elle fournit une méthode d'interprétation pour contribuer à l'évolution du droit. Malheureusement elle n'a su dégager de ses études aucun principe d'interprétation; et du même coup elle a fait du droit un chapitre pur et simple de l'histoire, lui enlevant désormais son autonomie propre.

Elle avait ouvert la voie; mais elle resta figée sur place, car elle se refusa à devenir une méthode, soit de création législative, soit d'interprétation doctrinale.

Elle se coupa ainsi les ailes, car « si elle était suffisante pour constater ce qui est, elle ne l'était plus pour indiquer ce qui devait être » (1).

Cette école de sociologie juridique devait échouer pour méconnaître une loi sociologique d'après laquelle les hommes ont un intérêt d'ordre sentimental peut-être, mais qui n'en est pas moins indestructible, à mettre la satisfaction de leurs besoins économiques d'accord avec

---

(1) *Même revue*, p. 96.

un idéal de raison et de justice (1). Le système égalitaire de la Révolution française et le socialisme en donnent des exemples caractéristiques.

Nous sommes sur le terrain du droit naturel, mais d'un droit naturel à contenu variable : *Ein naturrecht mit nechselndem Inhalt!* (2). Ce qui ne change pas c'est qu'il y a une justice à réaliser ici-bas; ce qui change c'est l'idée de justice (3).

Dès lors il importe de découvrir le critérium objectif de cette idée de justice variable et changeante. M. L. Von Savigny l'a cherché (4). M. Saleilles le cherche aussi et le trouve surtout dans le droit comparé (5). Car c'est lui qui indique, dans chaque législation, la manifestation objective des conceptions et des institutions juridiques, c'est lui qui les montre dans leurs formules, « sorties du vague des aspirations diffuses », c'est lui qui connaît leur valeur scientifique et juridique universelle (6), et qui indiquera l'idéal relatif qui se dégage de la comparaison des législations.

---

(1) *Même étude*, p. 96.

(2) STAMMLER, livre cité, p. 685.

(3) M. SALEILLES en donne des exemples, p. 97 et 98.

(4) L. VON SAVIGNY. *Das naturrechts problem und die methode seiner Lösung,* dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Vernaltung und Volkswirthschaft* (1901), p. 407 et suiv.

(5) Il indique aussi l'analogie législative et la conscience juridique collective, p. 106 et suiv.

(6) *Même étude*, p. 109.

Il s'agit, maintenant, de délimiter le domaine de cette conception.

Le droit comparé, ainsi conçu, est distinct de la sociologie. La sociologie, en étudiant les éléments naturels et forcés qui expliquent la pénétration internationale des phénomènes juridiques et qui en démontrent la nécessité, montre ce qui est ; elle n'enseigne pas ce qui doit être. Elle peut indiquer ce que l'on pourrait appeler le devenir social ; elle ne suffit pas à révéler le devoir social, c'est-à-dire la solution la plus adéquate aux nécessités présentes (1).

Il se distingue aussi de la méthode comparative (2) qui repose sur ce postulat que les institutions des peuples pris à un même degré de civilisation et dont l'état social est sensiblement similaire, ont des caractères communs ; et que ces caractères communs sont une conséquence de l'identité de lois qui président à l'évolution sociale, et des courants d'imitation et d'assimilation entre peuples voisins. « Dans la mesure où il s'agit de définir et d'expliquer ces lois du développement juridique et social, l'histoire comparative touche à la sociologie proprement dite ; quand elle se restreint à une question de méthode historique, elle se borne à des questions de fait. Elle est alors à la science du droit

(1) Rapport cité, p. 4 et 5.
(2) Rapport cité, p. 3 et 4.

comparé ce que sont au droit romain les textes qui lui servent de base. »

Il se distingue de la politique juridique « en ce sens que cette dernière doit s'attacher à des éléments d'opportunité et de contingence dont le droit comparé, en tant qu'il ait à formuler des conclusions, n'a pas à tenir compte au même degré. »

D'un autre côté, il se distingue du droit lui-même, car « le droit étudie la loi existante », tandis que le droit comparé « cherche à déduire la loi qui doit être (1). »

Et M. Saleilles, après avoir fait ces distinctions, expose l'objet du droit comparé et les directions scientifiques qui l'analysent. Pour trouver l'idéal relatif qui se dégage de la comparaison des législations, que faut-il faire ?

Il faut faire d'abord une étude critique de chacune des législations étrangères, envisagées au point de vue économique et social. C'est l'élément historique ; le point de vue juridique passe au second plan. Il s'agit de déterminer, dans la législation de chaque pays, d'un côté la part de l'élément historique local, et de l'autre la part de l'élément progressif général, dans sa conformité avec les nécessités économiques et sociales (2).

---

(1) Rapport, p. 13.
(2) Rapport, p. 10.

Il faut ensuite rechercher les points de contact susceptibles de correspondre à un courant d'évolution commun à plusieurs pays. Il faut « dégager les courants sociaux » et « grouper les différents types législatifs, d'abord d'après leurs similitudes, mais surtout d'après leur but (1) ». C'est l'élément sociologique. On constatera « les rapprochements inconscients et spontanés » (2) qui existent entre les peuples.

Quand on aura fait ce double travail, il conviendra alors de procéder à la « détermination d'un ou de plusieurs types juridiques, pour une institution donnée, vers lesquels doive s'orienter la politique juridique des différents pays à état social sensiblement similaire (3). On cherchera l'unité des résultats dans la diversité des formes juridiques d'application (4). »

Telle est la conception de M. Saleilles. Il conclut en disant que le droit comparé est véritablement une science indépendante, ayant son objet propre et ses méthodes particulières (5).

---

(1) Rapport, p. 10.
(2) Rapport, p. 11.
(3) Rapport, p. 8.
(4) Rapport cité, p. 12.
(5) Rapport, p. 16.

CHAPITRE III

APPLICATIONS DU DROIT COMPARÉ SCIENTIFIQUE

SECTION I

Ses résultats dans le premier groupe de conceptions

Il en est de redevables à l'école historique. Avec elle, le droit comparé scientifique, avons-nous vu déjà, a brillamment démontré la relativité du droit.

Cette école a aussi considérablement développé les études d'archéologie juridique; c'est une conséquence de son attitude d'immobilisation; elle a éclairci les origines du droit et elle s'est attachée à ses vieilles curiosités coutumières.

M. Saleilles regrette que ces études soient entreprises au détriment de l'étude du droit actuel (1). Mais il faut reconnaître qu'elles ont servi la science du droit et ont donné lieu à des ouvrages de première valeur.

Le droit scientifique n'est pas obligé de suivre, tant s'en faut, l'école historique dans son attitude d'immobi-

---

(1) *Revue trimestrielle de droit civil*, art. cité, p. 93. M. LAMBERT, dans son rapport, cite aussi une correspondance de M. Saleilles et de M. Cohn à ce sujet.

lisation. Il peut et il doit donner des résultats au point de vue du droit mondial (1).

Nous montrerons quelques-uns des résultats du droit comparé scientifique au point de vue des études d'archéologie juridique. Puis nous ferons entrevoir quelques-unes de ses applications possibles au point de vue du droit mondial.

I

Quelques résultats des études d'archéologie juridique sur le droit lui-même

Nous pouvons rappeler que Sir. Fr. Pollock cite à ce sujet les études de Sumner Maine sur l'histoire archaïque des institutions. La méthode comparative sert à éclaircir les types et le caractère normal des idées primitives (2).

La science de M. Girard, dont il nous fait profiter dans son *Manuel élémentaire de droit Romain* (3), nous fait apprécier, dans cette partie du droit ancien, les résultats précieux qui sont dus à ces études d'archéologie juridique. Au sujet de la puissance paternelle, M. Girard

---

(1) Le droit mondial est le droit actuel des législations des divers peuples.

(2) Rapport cité, p. 13.

(3) *Manuel élémentaire de droit romain*, par Paul-Frédéric GIRARD, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris; 2e édition; Paris, Arthur Rousseau, 1898.

peut établir que c'est un phénomène dont on a la preuve chez les peuples les plus variés, aussi bien chez les Indiens du nouveau monde et chez les habitants de la Chine, que chez les anciens Hébreux et les Arabes d'aujourd'hui ; qu'il n'a fait défaut dans à peu près aucune population pastorale et qu'il remonte, probablement, ches les Indo-Européens, comme la vie pastorale elle-même, à une époque antérieure à leur séparation (1). Au sujet du testament (2), il indique qu'il est, chez les Indo-Européens, inconnu de l'ancien droit hindou (Dareste, *Etudes d'hist. du droit*, p. 74 ; Kohler, *Zeitschr. für vergl. R. W.*, 7, 1887, p. 224) ; de l'ancien droit grec, où

---

(1) GIRARD. Man. cité, p. 130, note 1. Comparer VIOLLET, p. 498.

(2) Lire à ce sujet les *Traditions romaines sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, par Ed. LAMBERT, Paris, 1901. Giard et Brière. M. Jobbé DUVAL en fait une critique intéressante dans la *Nouvelle Revue historique*, 1902, p. 210.

M. Lambert démontre, p. 12, que si vraiment Rome a connu dès le Ve siècle avant notre ère, l'acte à cause de mort et l'institution d'héritier testamentaire, sa législation apparaît devant l'histoire comparative comme une sorte de monstre impossible à classer dans une aucune catégorie. A cette époque archaïque, il constate que la fonction du testament était imparfaitement remplie par d'autres institutions : modes de recrutements, parties de parenté comme l'adoption, la fraternité artificielle (p. 6 et suiv.) ; contrats successoraux, dons mutuels entre époux, etc... Puis, après avoir indiqué que la tradition romaine est une fable, il expose que l'institution du testament a dû être précédée à Rome par l'adoption et que le testament lui-même ne doit dater que de la loi Voconia, dont la date se place entre les années 204 et 169 avant J.-C. (p. 100).

il est absent de la loi de Gortyne (Dareste, Haussoulier, Reinach, *Inscr. juridiques grecques*, 3, p. 462), de l'ancien droit germanique (Tacite, *Germ.*, 20 ; c. f. sur la persistance de ce régime en Suède, en Norvège et surtout en Islande ; Dareste, *Etudes* p. 291, 331, 349) et chez les Ossètes (Kovalesky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 200). Il n'existe pas davantage chez les Egyptiens (E. Révillout, la propriété en droit égyptien, 1897, p. 152, 201), ni chez les anciens Hébreux (Dareste, *Etudes* p. 47), ni en général chez les peuples où la notion de la communauté familiale est encore bien vivante (1). M. Girard cite également la plupart des travaux remarquables sur les formes de la communauté familiale et les pays où elle a été et où elle est encore pratiquée (2). Il donne des renseignements historiques particulièrement intéressants sur le nexum et l'exécution sur le débiteur (3).

Nous pourrions multiplier les exemples (4). M. Dareste

---

(1) GIRARD. Man. cité, p. 771, note 4. Voir aussi p. 772, note 1.

(2) GIRARD. Man. cité, p. 251, note 3 ; p. 252 et notes 1, 2, 3, 4. Voir également VIOLLET, ouv. cité, p. 561.

(3) GIRARD. P. 470 et suiv. et les notes.

(4) Voir notamment, p. 131, note 4 et 164, note 1, sur l'exposition des enfants nouveau-nés ; p. 948, note 1, sur les gestes et les formules à peine de nullité ; les notes p. 397, note 2, et p. 945, note 2, sur la perquisition *lance licioque* ; sur les institutions parallèles au système des délits privés, p. 384, note 1 ; sur les premières monnaies, p. 238 et 239 et notes, etc... Voir également dans VIOLLET des documents histo-

indique également, dans son évolution économique de l'Europe, d'après Kovalewsky, comment la législation comparée a permis d'obtenir des résultats qui paraissent certains sur les institutions primitives des Germains (1). C'est elle, également, qui a établi l'antériorité de la famille matriarcale sur la famille patriarcale, qui a fait connaître l'évolution de la co-propriété familiale et de la propriété immobilière. En développant les études historiques, elle a servi les études juridiques, car ainsi que le fait remarquer M. Kovalewsky « l'histoire seule peut résoudre la question de savoir dans quelle mesure un droit donné constitue le produit de toute la stratification précédente des normes juridiques et indiquer ce qui, dans ce droit, est ou n'est plus en concordance avec les solutions offertes par la vie elle-même » (2).

II

Des résultats possibles du droit comparé scientifique au point de vue du droit mondial

En thèse, le droit comparé scientifique offre une base importante et inestimable pour toute une psychologie

---

riques comparés sur l'adoption, p. 481 et 482 ; sur le droit d'aînesse et de mainеté; p. 842 ; sur la noblesse, p. 250 et p. 260 à 265.

(1) DARESTE. *Journal des savants*, 1899, p. 478.

(2) Rapport cité, p. 2.

des sociétés et il peut produire des résultats importants dans le droit mondial (1).

Il établit la classification des groupes juridiques, ce qui constitue un travail précieux pour la conception de M. Saleilles, celle du droit accessoire et celle du droit commun législatif. Cette classification domine toutes les études de droit comparé, car elle contient la première condition du rapprochement entre législations : la parenté.

M. Esmein (2), en s'inspirant des résultats acquis par le droit comparé scientifique, a proposé au Congrès une classification, qui a été acceptée et complétée par M. Pic (3).

Elle comprend cinq groupes :

1° Le groupe latin, composé de la France, de la Belgique, de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal, de la Roumanie et des Républiques Latines de l'Amérique centrale et méridionale.

2° Le groupe germanique, composé de l'Allemagne, de l'Autriche cisleithane, de la Hongrie et des peuples Scandinaves.

---

(1) Rapport de M. ZITELMANN, p. 3.

(2) Page 7. Rapport de M. ESMEIN : *Le droit comparé et l'enseignement du droit.*

(3) Pages 2 et 3. Rapport de M. PIC : *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine de la législation économique et sociale et spécialement de la législation ouvrière.*

3° Le groupe anglo-saxon, composé de l'Angleterre, des Etas-Unis et des colonies de langue anglaise.

4° Le groupe slave, composé de la Russie, de la Pologne, de la Serbie, etc.

5° Et enfin le groupe néo-saxon, qui comprend : l'Australie, la Nouvelle-Zélande (1), etc.

Ces groupes constituent autant de familles juridiques qui ont des caractères et des principes communs. Le plus souvent, ces principes communs proviennent de ce que plusieurs législations en ont imité une autre qui est la législation mère. Le groupe latin s'est formé à l'imitation du droit français ; le groupe allemand, à l'imitation du droit allemand ; le groupe anglo-saxon, à l'imitation du droit anglais.

Entre chaque groupe il existe aussi des liens communs, qui tiennent à leur formation historique ou à l'évolution économique, philosophique ou sociale. Le droit scientifique doit aussi les examiner.

Il doit étudier, en effet, l'évolution juridique du monde entier et sa correspondance avec l'évolution sociale et économique.

Il peut aider ainsi « à faire découvrir les emprunts qui auraient été faits d'un domaine juridique dans un

(1) Il y a encore le groupe jaune et le groupe nègre qui représentent des idées et des civilisations absolument à part.

autre et les influences exercées de l'un sur l'autre (1) ».

« Quand des institutions identiques, existant dans plusieurs états, ont subi des évolutions différentes, par suite desquelles elles ne présentent plus le même caractère, il importe de rechercher les causes locales qui ont influé sur le développement de cette institution, et de constater sous quels rapports elle s'est transformée ou modifiée dans tels ou tels états (2) ».

Si les différentes législations ont, au contraire, des conceptions juridiques qui sont partout les mêmes, le droit comparé scientifique fait concevoir la possibilité, « par l'étude des similitudes et des dissemblances qui existent entre les divers organismes juridiques, de découvrir les lois générales qui président au développement du droit (3) ».

Nous verrons que le droit scientifique peut servir ainsi et pour le droit accessoire et pour le droit commun législatif.

SECTION II

Résultats de la Conception de M. Saleilles

Le droit scientifique avec M. Saleilles produira des résultats sensiblement différents. Voici en quelques

---

(1) Rapport de M. ZITELMANN, p. 3.

(2) Hypothèse indiquée dans le rapport de M. LYON-CAEN sur le *Rôle, la fonction et la méthode du droit comparé en droit commercial*, p. 1.

(3) Rapport de M. ZITELMANN, p. 4.

mots sa pensée. Le droit comparé scientifique, indiquera l'idéal relatif qui se dégagera de la comparaison des législations.

Quand cet idéal sera connu, il pénétrera, au moyen de l'interprétation, dans chacune des législations et il pourra parvenir à former ainsi un droit commun des peuples civilisés. M. Saleilles disait déjà en 1891 dans un article sur le droit commercial comparé : « La science du droit comparé doit exercer son influence sur le développement actuel des différents droits nationaux; elle doit fournir, en se combinant avec les traditions de chaque pays, le point d'orientation vers lequel doit se diriger l'interprétation juridique, si peu que les textes lui laissent une certaine liberté d'allures » (1).

Il convient de remarquer que les effets de cette orientation juridique ne pourront se réaliser que si le droit évolue, non pas d'une façon inconsciente et empreinte d'un fatalisme déprimant et humiliant pour l'humanité, mais sous la forme d'une direction consciente et voulue. Aussi cette thèse sera-t-elle celle de M. Saleilles (2).

Elle est aussi celle de M. Pic (3).

---

(1) Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques, par R. Saleilles. *Annales du droit commercial*, 1891, p. 220.

(2) Rapport cité, p. 13 et 14.

(3) Rapport de M. Pic, p. 3.

C'est pour faciliter l'accueil de cet idéal juridique, qu'il faut grouper les diverses législations suivant leurs types et leurs races. Il est possible, en effet, qu'il y ait d'abord un idéal par groupe avant qu'il y ait un idéal universel. M. Saleilles est ici redevable des travaux de M. Esmein.

Pour déterminer cet idéal, il semble qu'il serait sage de suivre ici encore le conseil de M. Esmein et d'étudier, non pas les législations les unes après les autres, mais les institutions parallèlement dans chacun des systèmes originaux de droit qu'a produit l'humanité ou tout au moins la civilisation occidentale.

Nous aurons l'occasion d'appliquer la thèse de M. Saleilles. Son côté pratique nous la fera retrouver dans le droit accessoire qui n'est que l'application d'un idéal particulier spécial à chaque question, et elle nous conduira d'elle-même à la conception d'un droit commun législatif qui n'est d'ailleurs pas celui de M. Lambert.

DROIT ACCESSOIRE

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION DU DROIT ACCESSOIRE. — CE QU'IL SUPPOSE. DE SON RÔLE DANS L'ÉLABORATION DU DROIT.

I

Le droit comparé accessoire envisage la comparaison des législations étrangères comme un moyen de perfectionner le droit national (1). Cette conception qui est la plus simple et la plus ancienne de toutes est celle aussi qui a donné le plus de résultats pratiques appréciables.

Nous avons vu comment les Romains avaient imité les Grecs, comment les législations modernes ont emprunté au droit romain et au droit canonique.

---

(1) C'est un phénomène naturel. « Plus une nation se civilise plus elle échappe aux vues étroites ; elle tend à s'émanciper hors d'elle-même, à rompre son propre cercle... » M. TARDE, *des lois de l'imitation*, p. 60. GUMPLOWICZ dit aussi : « Quand un Etat est parvenu à souder ses éléments hétérogènes assez solidement, pour que ceux-ci du moins vers l'extérieur, aient la nature homogène d'un élément social et se mettent à agir comme une unité sociale, il réalise la tendance naturelle vers l'extérieur. La faculté d'action vers l'extérieur augmente au fur et à mesure que se déroule le processus d'unification de ses éléments sociaux ». ouv. cit., p. 260.

Aujourd'hui l'imitation se fait entre législations voisines. M. Picot, le rapporteur au Congrès international, disait dans son allocution : « L'idée simple, l'idée première est celle du législateur cherchant pour son pays le meilleur texte de loi et s'adressant aux législations étrangères pour leur emprunter le fruit de leur expérience » (1). Il dit ailleurs : « Nous ne sommes pas une réunion internationale nous livrant dans l'intérêt de l'humanité à un travail impersonnel ; nous sommes une Société française étudiant les lois étrangères avec le souci constant de découvrir et de combler les lacunes de nos propres lois, avec la ferme espérance que nos travaux accéléreront les progrès d'une législation qui nous est chère entre toutes (2).

Ces paroles caractérisent on ne peut mieux la science du droit comparé accessoire (3).

---

(1) Journal du 1er août, p. 2. — SUMNER MAINE dans ses « *Villages communities* » a été l'un des premiers à vouloir améliorer le droit usuel par la comparaison des législations étrangères. Rapport de M. POLLOCK, p. 12 et 13.

(2) *Bulletin de Législation comparée* 1899-1900, Tome XXIX, p. 71.

(3) On voudra bien remarquer que le droit comparé accessoire n'existe pas quand on se contente de juxtaposer les diverses législations. Il faut se garder de confondre les études de droit étranger avec les études de droit comparé. « L'auteur qui rassemble dans un livre l'indication des solutions données sur une même question, par exemple par les législations française, allemande et italienne, nous présente à la fois des exposés de droit civil français, de droit civil allemand, de droit civil italien, non pas de droit civil comparé...

II

Le droit comparé scientifique est la base du droit comparé accessoire, car c'est lui qui constate l'évolution juridique et la relativité du droit. Si nous avons recours aux législations étrangères, c'est que le législateur est impuissant à arrêter par la codification, les modifications continues des institutions juridiques. Le droit ne s'immobilise pas; il ne peut s'immobiliser; il est en progrès indéfinis.

Mais le droit comparé accessoire exige quelque chose

Dans un article du *Jahrbuch du internationales vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft* (T. II, 1896, p. 71 et suiv.) M. ERNST SCHUSTER fait ingénieusement remarquer que le rapport entre la connaissance de chacun des droits en vigueur et la science du droit comparé offre une singulière similitude avec le rapport qui existe entre la science du langage comparé et la connaissance de chaque langue en particulier ; ou encore entre la grammaire comparée et la connaissance de plusieurs grammaires ». Ed. LAMBERT. Introd. p. 14 dans « *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Première série. *Le régime successoral* » (sous presse). M. LAMBERT a eu l'obligeance de nous communiquer les premières pages de son travail qui va paraître incessamment et que nous nous permettons de citer à ce titre.

Nous ajouterons que les études de droit étranger sont la condition préliminaire et essentielle des études de droit comparé ; ce sont elles qui apportent et fournissent les matériaux sans lesquels il ne saurait y avoir de comparaison.

de plus ; il exige que l'évolution du droit puisse être dirigée ; qu'elle soit susceptible d'être guidée. Nous avons vu comment M. Saleilles et M. Pic ont pris soin d'exposer cette idée fondamentale.

III

Le droit comparé accessoire n'est pas le seul moyen de perfectionner la législation. Il est toujours possible pour le jurisconsulte et le législateur, d'imaginer eux-mêmes la réalisation des changements que réclame la société et de traduire ses aspirations et ses désirs.

L'imagination et l'intelligence peuvent donner des idées de génie. Ce serait l'idéal de pouvoir concevoir et appliquer immédiatement un régime juridique nouveau à un état social nouveau. Seulement, en matière législative, il semble bien que ce soit une qualité de douter de soi, car il faut craindre des propositions de lois irréalisables ou fâcheuses.

Aussi a-t-il semblé plus sage, dans la majorité des cas, de comparer et d'imiter. L'imitation est légitime en ce sens qu'elle nous fait bénéficier d'idées précieuses qui ont été imaginées ailleurs. Elle est souvent un excellent auxiliaire. Si, en effet, les transformations économiques et sociales s'aperçoivent assez facilement

dans leur ensemble, il est toujours difficile de noter l'évolution dans ses détails ; c'est un travail latent, souvent invisible pour la plupart, travail impondérable et plus ou moins intime d'idées, d'aspirations et de désirs. Il se révèle par des faits plus ou moins significatifs et qui sont plus ou moins aperçus. Or, ce que nous entrevoyons à peine, ce que nous sentons mieux que nous ne l'exprimons, peut être traduit déjà par des institutions à l'étranger ; le désir est réalisé, qui plus est l'institution nouvelle peut avoir donné déjà des résultats et on sait ce qu'en penser. Ainsi l'étude des législations étrangères peut permettre de satisfaire un besoin, une transformation économique, nous dirions volontiers, dès leur aurore.

L'imitation a d'ailleurs un rôle plus considérable qu'on pourrait peut-être le croire. « Les langues cultivées, les religions ouvertes, les constitutions fabriquées, les codes nouveaux aspirent à se répandre de proche en proche, soit dans l'étendue d'un même pays, soit au dehors. Chaque fois qu'une nouveauté quelconque... apparaît dans un endroit bien visible, c'est-à-dire dans une capitale, il suffit que l'attention de dix personnes soit portée ostensiblement sur cette chose pour que bientôt cent, mille, dix mille personnes s'y intéressent et s'y passionnent. L'obéissance est sœur de la foi ; on obéit par la même raison qu'on croit. Sans les éléments nouveaux trouvés de temps en temps par les hommes

de génie, l'humanité cesserait de progresser (1) » ; l'imitation répand partout leurs découvertes.

Sans vouloir exagérer l'idée de M. Tarde, il faut reconnaître que l'imitation, précédée de la comparaison, est d'un puissant secours pour le jurisconsulte et le législateur. La connaissance des législations étrangères agrandit le cercle de toutes les discussions et de tous les problèmes ; elle élargit l'horizon et, en même temps, elle permet à des volontés éclairées d'en tirer de précieux enseignements dans l'élaboration du droit national. Ne pas vouloir, de parti-pris, imiter les législations étrangères, serait aussi contraire au bon sens que « d'hésiter à importer du vin étranger parce que nous ne l'avons pas fabriqué, ou à faire usage des oranges parce qu'elles n'ont pas poussé dans nos

---

(1) G. TARDE. *Les lois de l'imitation*, p. 341 et 342. JHERING dit aussi : « Qui pourrait énumérer une à une les mille influences qu'un peuple exerce sur un autre ? Le vaisseau qui apporte des marchandises ramène des dieux ; le marchand qui emporte de l'or, laisse derrière lui, avec ses produits fabriqués, un modèle à imiter et le germe de l'industrie. La langue, les mœurs, la religion, les mots, les idées, les préjugés, la foi, les superstitions, l'industrie, l'art, la science, tout obéit à la loi de communication et d'action internationale ». Ouv. cité, t. I, p. 8.

Entre autres exemples nous pouvons indiquer que « le chant chrétien a pris ses échelles modales et ses thèmes mélodiques à la pratique musicale du temps de l'empire romain et particulièrement à la citharodie ». La mélopée antique dans le chant de l'église latine, par Fr. Aug. GEVAERT, 1 vol. gr. in-4, p. 36, GAND. Ad. HOSTE, 1895.

jardins » (1). Seulement, on doit se garder de considérer cette méthode comme seul moyen d'amélioration du droit. Elle limiterait à tort la perspective du progrès social ; car il se peut que les aspirations d'un peuple ne soient réalisées dans aucun autre (2).

---

(1) JHERING. Ouv. cité, t. I, p. 8.

(2) M. DESLANDRES le fait remarquer dans ses *Observations sur la fonction de la science du droit comparé par rapport au droit public.* Rapport présenté au Congrès, p. 3.

CHAPITRE II

COMMENT LE DROIT COMPARÉ ACCESSOIRE DOIT RÉALISER SA FONCTION DE PERFECTIONNEMENT DU DROIT NATIONAL

Le droit comparé accessoire dont le but est de perfectionner le droit national peut tenter de le réaliser soit par des modifications législatives, soit par la fécondation de la doctrine et de la jurisprudence.

Il peut y avoir là deux conceptions distinctes. M. Lambert les signale dans son rapport. Mais le plus souvent l'une mène à l'autre. C'est le travail de la doctrine qui invite le plus souvent la jurisprudence et le pouvoir législatif à adopter les théories qu'elle a élaborées. Ainsi suivrons-nous cet ordre qui est d'accord avec les faits. Nous étudierons le rôle de la doctrine quand elle travaille à l'amélioration des lois nationales par les lois étrangères; puis nous verrons comment les changements qu'elle propose peuvent être utilisés par la jurisprudence et le législateur, comment ils l'ont été en fait.

Nous indiquerons enfin subsidiairement les utilités particulières que présente le droit accessoire quand il a pour but non plus de perfectionner la législation mais de servir à la fécondation des doctrines internes.

Dans les exemples que nous donnerons nous nous

placerons le plus souvent au point de vue du droit français. La méthode du droit comparé accessoire consiste, en effet, à prendre le droit national comme base et à en rapprocher les législations étrangères.

SECTION I

Rôle de la Doctrine

La doctrine dirige, par ses travaux, l'élaboration du droit national ; elle cherche dans le droit étranger les institutions qui seront susceptibles de le perfectionner. Pour bien accomplir sa mission elle ne saurait prendre trop de précautions, car elle doit se garder de recommander l'imitation d'une institution étrangère à la légère et sans s'être avant préoccupée des conditions qui doivent être préalables à l'imitation. Ces conditions sont très importantes et il importe de les examiner.

Il faut d'abord rechercher si l'on connaît bien les institutions juridiques étrangères ; puis il faut examiner, ce qui est très délicat, si elles sont meilleures que les nôtres; à supposer qu'elles le soient, il faut, selon le mot heureux de M. Deslandres, se préoccuper du greffage, c'est-à-dire étudier si elles peuvent, et comment, s'incorporer au droit national.

I

De la connaissance des législations étrangères

Il ne manque pas de documents sur les législations étrangères. Ils sont légion. La connaissance de ces législations, qui est le préliminaire indispensable de toute comparaison, a été facilitée par les analyses et les traductions de codes et de lois étrangères qui ont été faites par des sociétés et dans des recueils que nous avons eu déjà, en partie, l'occasion de citer (1). Ces documents ont la plus grande importance; ce sont les matériaux sur lesquels on travaillera et on ne saurait trop en souhaiter la multiplication. Mieux nous connaitrons les droits étrangers et mieux nous serons à même de les comprendre et de les comparer.

Seulement il faut prendre garde aux erreurs qui peuvent se glisser dans les œuvres législatives. M. Darras en a souligné quelques-unes. Il en est d'imputables au législateur lui-même qui peut commettre des erreurs de

---

(1) M. DARRAS (mémoire cité) en donne un ensemble très complet, p. 9 et suivantes. Il faut surtout noter : collection de Victor FOUCHER, travaux d'Antoine DE SAINT-JOSEPH, *bulletin de la Societé de Législation comparée*, *annuaire de Législation étrangère*, *annuaire de Législation française*, collection de codes étrangers par M. PEDONE, collections allemandes: *Le Jahrbuch der internationalen vereinigung*, etc., celles de *La Gesellschaft für vergleichende Rechts-und Staatswissenschaft*; collections anglaises : *Le journal of the society of comparative législation*, etc.

promulgation (1); d'autres aux rédacteurs des bulletins officiels qui oublient parfois d'indiquer l'abrogation de traités diplomatiques (2), ou qui publient des actes officiels dans la partie non officielle. Il faut se méfier aussi des traductions qui ne sont pas toujours fidèles; les traducteurs se trompent, ce qui faisait dire à M. Saleilles que ces documents étaient de « mauvais documents » (3).

Parfois ce sont les tribunaux qui sont mal informés sur le droit étranger (4).

Mais il faut surtout prendre garde à la différence qui existe souvent entre la loi elle-même, le texte du Code, et l'application pratique. Les erreurs les plus fréquentes proviennent de l'interprétation donnée par la jurisprudence aux textes des lois ; il y a, pour ainsi dire, deux législations parallèles ; l'une immobile dans sa formule,

---

(1) DARRAS, p. 3 et 4.. Erreurs dans la publication des tarifs des notaires. *Journal officiel* du 1er au 5 septembre 1898 et *Journal officiel* du 31 décembre 1898 (note rectificative). Erreur dans le décret du 1er janvier 1896, relatif à l'arrangement additionnel de Berne du 16 juillet 1895 (*Journal officiel* du 8 janvier 1896, rectification du 15 mars 1896), etc.

(2) Ainsi celui des 9, 21 décembre 1885 avec la Russie pour la protection des œuvres intellectuelles. On n'a pas indiqué qu'il cessait de produire effet le 14 juillet 1887.

(3) *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1900, p. 383.

(4) DARRAS. Mém. cit. Tribunal de la Seine, p. 4 ; Tribunal de Brünn, p. 5 ; Tribunal d'Epinal, p. 6.

et l'autre progressive ; l'une abstraite et quelquefois vague, l'autre qui la transporte dans la vie réelle et l'y met aux prises avec les combinaisons sans nombre des intérêts privés ou publics (1). C'est la jurisprudence qui fixe le véritable sens des lois (2) parce qu'elle marche avec la société pour les accommoder à ses nouveaux besoins » (3). Aussi le jurisconsulte qui étudie le droit étranger doit-il connaître à la fois et le texte des codes

---

(1) En France, la jurisprudence a créé des théories particulières manifestement contraires aux dispositions du code civil, notamment en ce qui concerne la dot mobilière, la personnalité des sociétés civiles ; ce sont des conséquences de l'évolution économique. En d'autres matières, la jurisprudence a suppléé, comme le droit prétorien, au silence du législateur : elle décide que le demandeur en réintégrande n'a pas besoin de prouver une possession annale, mais une simple possession de fait ; elle décide que le délai d'appel, en matière d'ordre, quand il y a moins de quatre créanciers, est le délai de droit commun. DALLOZ. *Code procédure civile*, annoté sous l'art. 773. En matière de donations, la jurisprudence a fixé la théorie du cumul, après avoir adopté plusieurs systèmes, etc...

(2) M. BUFNOIR (*Bulletin de la Société de Lég. comparée* 1891, p. 69) explique comment le texte de la loi du 23 mars 1855 est impuissant à en révéler les effets. « Un étranger aurait-il pu deviner, dit-il, que l'hypothèque légale de la femme mariée, imaginée pour sa protection, était devenue, grâce à l'usage des cessions, renonciations ou subrogations, l'instrument le plus sûr de sa ruine quand elle n'a pas eu la précaution de s'abriter sous le régime dotal ? »

Voir aussi à ce sujet, M. DARRAS, p 6 et suiv.

(3) Voir à ce sujet dans : « *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, p. 191 « les Réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées, par ANCELOT, avocat général à la Cour Impériale de Riom.

et la jurisprudence. Ce travail est nécessaire pour le préserver d'erreurs inévitables. Il lui est facilité par les recueils de jurisprudence, par les résultats des enquêtes qui ont lieu entre Etats et entre Tribunaux, par les articles des revues (1), etc...

II

De la connaissance du mieux en matière d'institutions juridiques.

M. Deslandres, pour faire observer que « le mieux existant est difficile à discerner », s'exprime à peu près ainsi : imitons, dit Le Play, les institutions des peuples prospères. Mais quels sont les peuples prospères ? Sont-ce les peuples riches ! Mais la richesse fait-elle le bonheur ?... Vaut-elle la vertu ? — Sont-ce les peuples heureux ? Mais n'y en a-t-il pas d'heureux d'un bonheur inférieur ?... — Sont-ce les peuples vertueux ? Mais est-ce que la vertu tient aux institutions des peuples ? Sont-ce les peuples féconds ? Mais à quoi sert la multiplication de l'espèce si elle demeure inférieure ? — Sont-ce les peuples forts ? Mais la force peut

---

(1) Ces documents précieux (indiqués dans DARRAS, p. 13 et suiv). deviennent de plus en plus considérables et sont un résultat important dû aux jurisconsultes qui se sont attachés à l'étude du droit étranger.

tenir au nombre ; ce n'est pas un idéal ? En vain nous tournons ainsi de tous côtés et le critérium « du peuple prospère » nous échappe (1).

Cette remarque semble très judicieuse. Mais, à notre avis, ce qui importe plus au jurisconsulte que le critérium « du peuple prospère » c'est le critérium « de l'institution prospère ». Ce qu'il étudie ce sont « les dispositions que contient le droit des divers peuples quant à une institution déterminée » ; « ce sont les diverses solutions possibles, rationnelles ou utilitaires, d'un problème général qui se pose partout. Par leur comparaison, en faisant la balance de leurs avantages et de leurs inconvénients respectifs, il s'efforce de dégager la solution la meilleure et la plus utile ». Par suite « toutes les législations et coutumes des peuples civilisés se présentent naturellement au même rang » (2).

La difficulté du mieux à discerner ne viendrait donc pas de la difficulté de trouver le critérium des peuples prospères, mais de la difficulté de faire la balance des avantages et des inconvénients des institutions des peuples civilisés.

On devine combien elle sera souvent délicate.

---

(1) M. DESLANDRES, Rapport cité, p. 3 et 4.

(2) M. ESMEIN, dans son rapport : *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, p. 3.

III

Du Greffage de l'Institution étrangère sur le Droit national

Qu'on nous permette une comparaison d'un domaine beaucoup moins élevé mais qui nous frappe par sa justesse. Quand les vignes françaises ont été perdues par le phylloxéra, il fallut arracher de terre les vieilles souches. La situation fut déplorable. Le phylloxéra semblait avoir à tout jamais détruit les vignobles français, lorsque la nouvelle vint que des plants de vignes américaines y étaient réfractaires. On résolut de les employer aussitôt. Mais il y avait des espèces américaines nombreuses : le *rupestris*, le *riparia*, etc.

Quelle espèce convenait le mieux au sol ?

Il fallut étudier les terrains et les faire analyser ; la replantation ne produisit de bons résultats qu'en se basant sur certaines règles.

Il en va de même en notre matière. Avant de transporter une institution étrangère dans le droit national il faut examiner si elle peut y vivre.

Le jurisconsulte devra donc rechercher si le milieu social dans lequel vit l'institution étrangère est sensiblement analogue à l'état économique et social de son pays.

Il devra ainsi avoir recours aux enseignements qui lui sont donnés par le droit scientifique.

Il devra rechercher si les deux évolutions procèdent du même développement historique et si l'institution étrangère repose sur des principes analogues à ceux de la législation nationale. Il étudiera « les raisons qui ont imprimé un tour d'ensemble commun ou différent aux deux institutions, les doctrines qui forment la base de leur organisme juridique ; il examinera si l'opinion sur la donnée première est la même de part et d'autre (1).

Il étudiera notamment l'idée sur laquelle repose l'institution ; si elle répond à un besoin commun ou à des rapports d'ordre psychologique comme en criminologie, d'ordre dogmatique comme en certaines matières administratives, d'ordre physiologique et moral comme dans le droit des personnes, etc...

Ce sont des questions de politique juridique. Aussi M. Saleilles fait les mêmes observations pour l'application de l'idéal relatif indiqué par les législations étrangères. Il constate que certaines institutions sont destinées à servir d'instruments d'échange comme la plupart des institutions commerciales ; que d'autres répondent à des éléments de psychologie ou d'équité

---

(1) THALLER. De la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions ; application à la lettre de change. — Rapport présenté au Congrès. *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1899-1900, p. 786, 787, 788.

juridiques comme la théorie des obligations et il conclut que c'est à propos de chacune des branches du droit que ce point pourra être précisé (1).

En supposant qu'il y ait accord sur les idées qui dominent l'institution, le jurisconsulte devra voir encore s'il n'y a pas d'obstacles nationaux qui empêchent l'adoption de la loi étrangère ; si la concession de la loi nationale entraîne ou non un complet sacrifice et si elle cesserait d'être le jour où elle aurait réalisé cette adoption (2).

Toutes ces indications sont la conséquence de cette idée qu'il est nécessaire d'examiner s'il y a ou non correspondance possible entre le droit, l'esprit et les mœurs.

Il est une autre difficulté que la doctrine doit résoudre. A côté du but à atteindre, il y a les moyens de l'atteindre. Il faut se préoccuper des procédés de technique juridique. Le jurisconsulte les cherchera dans des constructions qui seront en harmonie avec les principes généraux du droit national. « Dans chaque pays, fait remarquer M. Esmein, la jurisprudence et même la doctrine sont dominées par la technique du droit national. Elles ne peuvent faire des créations qu'en les faisant entrer dans les catégories juridiques

---

(1) Rapport cité p. 12.

(2) C. J. M. THALLER, Rap. cité, p. 789.

qu'admet ce système ; elles ne peuvent aboutir que dans la mesure et dans la forme où le permet le mécanisme de la procédure en vigueur. Tel résultat nouveau obtenu par la jurisprudence d'un pays, parce que la conception des droits réels ou les principes sur les contrats reçus dans ce pays s'y prêtaient aisément, ne pourrait pas être transporté chez un peuple qui a donné aux droits réels un cadre plus étroit et aux contrats des principes moins larges » (1). Seulement, dit M. Thaller, « il y a des ressources particulières d'élasticité de la logique en matière de perfectionnement de législation pour faire cadrer le système étranger avec celui de son pays, sans que cela jure » (2). Et M. Saleilles ajoute : « Les procédés de technique juridique peuvent même être enseignés par le droit comparé » (3).

SECTION II

Rôle de la doctrine en fait

En résumé, la doctrine doit, ~~pour~~ faire connaître exactement le droit étranger, et résoudre la série des

---

(1) M. ESMEIN. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 17. Article sur *La jurisprudence et la doctrine*.

(2) Rapport de M. THALLER. *Bulletin de la Société de Lég. comp.*, p. 788.

(3) Rapport de M. SALEILLES, p. 19 et 20.

difficultés que nous venons d'indiquer, pour préparer l'adoption de la loi étrangère par la loi nationale.

La doctrine n'a pas manqué à sa mission. Nous ne pouvons indiquer toutes les œuvres qu'elle a entreprises ; une thèse n'y suffirait pas. Nous nous bornerons à indiquer quelques exemples récents des travaux effectués sur la matière du droit civil. La plupart sont empruntés à la Société de législation comparée qui a donné, depuis 1869, une suite ininterrompue d'études remarquables. Comme le dit si bien M. Picot, c'est une sorte de foyer dont le feu ne s'éteint jamais et auquel chacun des membres apporte, comme une flamme nouvelle, sa pensée, ses critiques, ses projets (1).

La doctrine a conseillé la jurisprudence et le pouvoir législatif notamment à l'occasion du projet d'application de l'institution du « homestead » (2), à l'occasion d'une modification proposée sur les juridictions compétentes en matière de brevets d'invention (3), à l'occa-

(1) *Bulletin de la Société de Lég. comp.*, t. XXIX, p. 72.

(2) Etude de M. P. Joliot, dans le *Bulletin de la Société de Lég. comp.*, 1877 à 1878, p. 27. Etude de M. Paul Bureau, *Bulletin de Lég. comp.*, 1898 à 1899, p. 151. Il constate que l'institution n'a produit aux Etats-Unis aucun résultat appréciable, au moment où l'on parlait de reprendre les projets de 1894. Etude de M. Léveillé sur la « Homestaed » en France et en Algérie, dans la *Revue d'économie politique*, juin 1902.

(3) Dans le *Bulletin de Lég. comp.*, 1899 à 1900, p. 80. Étude de M. Gustave Huard, suivie d'observations, p. 90 et 160.

sion de la réforme proposée du Code de justice militaire (1), etc...

Au Congrès, M. Hubert Valleroux (2) réclame la personnalité civile pour les associations et se plaint que la France se prive des bienfaits des fondations ; il cite l'exemple de l'Angleterre et des Etats-Unis ; M. Weiss (3) indique que nous sommes redevables au système de l' « Act Torrens » et à celui des Livres fonciers du droit germanique, du projet de loi de 1896 sur la réforme hypothécaire (4); M. Verdelot étudie « *Le bien de famille en Allemagne et la possibilité de son institu-*

---

(1) *Bulletin*, 1899 à 1900. Études de M. SELIQMAN, p. 264.

(2) *De la personnalité civile*, par M. Hubert Valleroux, avocat à la Cour d'Appel de Paris. Mémoire présenté au Congrès, p. 8.

Voir dans le *Bulletin de Lég. comp.*, 1898-1899, p. 260, une note de M. SALEILLES sur *La personnalité civile dans le Code civil allemand*, et une étude de M. MICHAUD sur la *Création des personnes morales*, dans les *Annales de Grenoble*, 1900, t. XII, n° 1.

(3) M. WEISS dans son rapport, p. 5.

(4) M. DE LOYNES l'a étudié dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1897, p. 229 d'abord, p. 360 ensuite. Il faut noter qu'il y a beaucoup d'articles consacrés à ce sujet dans le *Bulletin de Lég. comp.* Dès 1869, p. 30, M. GIRARDIN expliquait le projet de loi sur le règlement des droits réels immobiliers en Prusse, qui devait être la loi de 1872; il traduisait le projet, p. 42, et mettait en lumière les principales différences qui le séparaient de notre droit. En 1875-1876, p. 343, M. ORTLIEL publie une étude sur les livres fonciers en Autriche ; en 1878-1879, p. 464, M. THÉVENET traduit une étude de M. BAUDA sur le même sujet. Dans la même année, p. 482, on trouve une étude de M. CHALLAMEL sur les Handfesten de Brême. En 1885-1886, p. 208,

tion en France » (Paris, Rousseau, 1899); M. Descotes fait paraître (chez Chevalier-Maresq) un livre sur « *Les Warrants et l'Agriculture française : Étude économique et juridique sur la loi du 18 juillet 1898, dans ses rapports avec le crédit agricole* » ; et il compare avec l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Russie, l'Angleterre, la Belgique, etc.... M. de la Grasserie souhaite une modification des lois sur l'exécution civile et sur la procédure civile en général ; il veut unifier les saisies, appliquer la faillite aux non commerçants (1), etc... M. Saleilles, dans son livre sur la « *Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* » (Pichon, 1901), invite la doctrine et la jurisprudence à tenir compte des idées consacrées ou suggérées par la législation allemande. Le *Bulletin de législation comparée* contient une série d'articles de M. Hubert Valleroux sur

---

M. Ch. LYON-CAEN donne communication à la Société d'une étude de M. GIDE sur l' « Act Torrens » ; et M. GONSE, p. 560, donne communication d'une étude de M. DAIN sur l'application du système Torrens en Algérie. En 1888-1889, p. 734, M. PRAVATON étudie le projet de Code hypothécaire. Ce ne sont que des exemples qui prouvent le travail de la Société de Législation comparée seule, pendant un certain temps, sur ce sujet.

(1) *De l'exécution civile préalable d'après les législations étrangères* (*Bulletin de Lég. comp.*, 1898 à 1899, p. 481), et aussi : *Étude critique sur le projet de révision du Code de procédure civile* présenté à la Chambre des Députés le 25 octobre 1898, et sur la *Réforme de procédure* (Larose, Paris, 1901), par R. DE LA GRASSERIE.

le droit ouvrier, les associations professionnelles... (1).

Les thèses de doctorat font aussi une application fréquente du droit comparé accessoire. M. Malécot a su montrer très utilement, à l'aide des législations italienne et allemande, comment il eut été possible d'améliorer l'art. 1398 du C. C. (2). M. Mannoury La Cour, au sujet de l'amélioration du casier judiciaire, souhaite de voir pratiquer en France, deux institutions italiennes (3). A propos de la possibilité pour un donateur ou un testateur, de confier l'administration du

---

(1) Voir notamment, 1875-1876, p. 402 ; 1878-1879, p. 104 ; 1882 à 1883, p. 219 ; 1883 à 1884, p. 606 ; 1885 à 1886, p. 66 et p. 334 ; 1898 à 1899, p. 97, 116, 193. Voir aussi une étude de M. SAINCTELETTE dans la *Revue de dr. int. et de lég. comp.*, 1890, t. XXII, p. 40 et 152. Un article de M. BLONDEL sur le Code civil allemand et les ouvriers, au *Bulletin de Lég. comp.*, 1900-1901, p. 86, et le Traité de M. SACHET qui contient une étude comparative des législations étrangères. Au sujet du droit au travail et à la question de savoir si on doit avoir droit au produit intégral du travail : Dr ANTON MENGER, *Le Droit au travail*, Giard et Brière.

Au sujet d'une autre question, M. GAUDEMET a fait paraître une étude sur le *Transport de dettes à titre particulier*, où il expose toute la science allemande. M. LAMBERT avait publié sur ce sujet une étude « *Du contrat en faveur des tiers* », Paris, Giard et Brière, 1893. Il y a une note intéressante de M. SALEILLES dans les *Annales de Droit commercial*, 1899, p. 83.

(2) L.-A. MALÉCOT. *Du régime des individus pourvus d'un conseil judiciaire.* Rennes, 1900, p. 55.

(3) R. MANNOURY LA COUR. *Etude sur l'anthropométrie judiciaire et sur le casier judiciaire.* Rennes, 1902, p. 178.

bien donné ou légué à un tiers, M. Pichot de Champfleury constate que les législations étrangères en grande majorité (Pays-Bas, Angleterre, Italie, Espagne, Allemagne) reconnaissent l'opportunité possible de la clause de non administration et sa validité (1) ; il se sert de cette constatation pour préconiser la même solution en droit français. M. René Guihaire (2) a fait sur la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté une étude comparative intéressante de droit romain, de droit français et de droit allemand, dans le but de faire appliquer en France les théories allemandes.

Ces citations forcément incomplètes prouvent cependant le rôle important de la doctrine en matière de droit civil comparé. Elles prouvent combien la doctrine prépare l'œuvre du jurisconsulte et du législateur dans leur travail de rajeunissement du droit national.

Comment ceux-ci peuvent-ils réaliser les indications qui leur sont fournies par la doctrine ? C'est ce qui nous reste à examiner.

Nous le verrons pour la jurisprudence d'abord et ensuite pour le pouvoir législatif.

---

(1) R. Pichot de Champfleury. *De l'administration légale des biens des enfants mineurs en droit français*. Rennes 1901, p. 40 et 80.

(2) René Guihaire. *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*. Rennes, 1900.

SECTION III

Adoption de la loi étrangère par la jurisprudence

Il y a deux points extrêmes pour lesquels la question n'existe pas.

Si le jurisconsulte se trouve en présence d'un texte précis visant un cas réellement défini, il est certain qu'il est lié pour toutes les séries des hypothèses réellement prévues par la loi (1). Alors même que la doctrine lui proposerait une réforme particulièrement désirable, il ne pourrait l'adopter sans abus de pouvoir (2). Cette constatation qui est vraie pour toutes les branches du droit, est surtout frappante en droit criminel.

L'interprétation juridique en droit criminel est en effet dominée par le principe *nulla pœna sine lege*. Le principe de sécurité individuelle qui est une des garanties les plus essentielles de l'homme contre l'arbitraire du pouvoir, oblige le juge à une interprétation stricte de la législation pénale (3).

---

(1) M. SALEILLES. Rapport cité, p. 15.

(2) Voir au sujet de la question de la séparation des pouvoirs, mise en jeu par la délimitation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, les articles de M. E. ARTUR, professeur à la Faculté de Droit de Rennes sur « la Séparation des Pouvoirs et la Séparation des Fonctions » dans la *Revue de Droit public et de la même politique en France et à l'Etranger*. Il y a sept articles de parus.

(3) C. f. M. LE POITTEVIN. Rapport. « Fonctions du droit comparé par rapport à la criminalogie. »

Si au contraire « les institutions nationales ont été volontairement empruntées à l'étranger, rien de plus normal que de régler leur interprétation par la pratique de ce qui se fait à l'étranger » (1). « Ses procédés d'application et de fonctionnement n'ont rien de plus particulièrement national.

Mais, en dehors de ces deux points extrêmes, il y a un domaine considérable ouvert aux incertitudes de toutes les méthodes d'interprétation : ce sont les cas dans lesquels la loi ne s'applique pas d'une façon formelle. Dans ces hypothèses, dit M. Saleilles « l'interprétation doit se faire dans le sens du but pratique, économique et social de la loi, en conformité avec l'ensemble des principes juridiques qui lui servent de base (2) ». Le juge devra donc avoir de libres pouvoirs, à une condition toutefois : c'est qu'il est certaines bases objectives d'interprétation.

« Le juge n'a mission que de constater et de rechercher les éléments impératifs de ses jugements ; et ces éléments impératifs ne peuvent être qu'extérieurs à lui et ne peuvent se trouver que dans la réalité objective de lois existant en dehors de la pensée de celui qui les applique. Le juge n'a de pouvoir que de l'objectif ; c'est la définition même de sa fonction. » Or, quelles seront

---

(1) M. SALEILLES. Rapport cité, p. 17.
(2) M. SALEILLES. Rapport cité, p. 17.

les bases objectives pour le juge ? Nous les connaissons déjà, c'est l'analogie législative, la conscience juridique collective ; c'est surtout le droit comparé, car les deux autres moyens seront souvent impuissants : « l'idée de justice, dont le juge voudra faire application, n'aura pas réussi à forcer textuellement l'entrée de la loi ; la constatation de son objectivité, d'après la conscience populaire collective, très légitime en soi, est en pratique la plus délicate (1) ». Le droit comparé, au contraire, par les formules des législations étrangères, lui indique un but et une idée juridique à atteindre.

M. Lambert (2) est du même avis. Il recommande une interprétation plus libre et moins littérale des textes. Il expose d'une façon pittoresque que « le jurisconsulte ne doit plus s'abriter derrière son code, comme le théologien derrière ses livres saints ; il veut qu'il donne à la loi l'interprétation la plus secourable aux intérêts sociaux. »

M. Gény (3) se plaint aussi de deux graves défauts de la méthode traditionnelle : l'exagération de l'élément

---

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil*, p. 109. Article sur l'*École historique* de M. SALEILLES. M. Saleilles y complète la théorie qu'il a exposée dans son rapport, p. 16 et suiv.

(2) M. LAMBERT. *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, p. 2.

(3) M. GÉNY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Chevalier-Maresq, 1899.

légal et l'abus des abstractions logiques. Il indique comme source du droit la libre recherche scientifique ; son livre tend à son exaltation. C'est ouvrir la porte aux législations étrangères.

La jurisprudence pourrait donc faire des applications de droit comparé. Cela serait même possible sans qu'il y paraisse. Les magistrats peuvent étudier une décision étrangère, se pénétrer de ses avantages et l'adopter, en fait, sans le dire. La loi nationale pourrait être modifiée ainsi, de fait, par la loi étrangère, sans que la juripru-dence le proclame (1).

Il paraît cependant que ces possibilités sont rares. Il semble que si les motifs des arrêts n'indiquent pas la cause du sentiment des juges, les notes qui accompagnent presque toutes les décisions importantes devraient parfois le faire remarquer. Or, dans la jurisprudence

(1) En droit administratif, il y a cette particularité que la jurisprudence possède deux organes d'interprétation : les tribunaux administratifs et le fonctionnaire exécutif, l'administrateur. Les tribunaux administratifs peuvent avoir recours en France au droit étranger, d'autant mieux que leur jurisprudence est plus prétorienne que celle des tribunaux de droit commun. L'Administration peut utiliser quelquefois le droit étranger quand la loi nationale est à peu près semblable à la loi étrangère ; cela se fait dans les États du sud de l'Amérique qui ont adopté une constitution calquée sur celle des États-Unis.

Voir le rapport de M. LARNAUDE, p. 7 et suiv. : *Le droit comparé et le droit public.*

de ces trois dernières années que nous avons parcourue, il n'en est rien. M. Weiss, qui croit à ces applications de droit comparé en jurisprudence, ne cite pas d'arrêt à l'appui de son opinion (1). M. Josserand (2) estime que la jurisprudence fait bon marché des renseignements que peuvent donner les législations étrangères. Sans doute est-ce un peu parce que la jurisprudence, si elle a parfois à s'occuper de questions générales et de doctrine, a le plus souvent à trancher des questions de détail qui ne sont pas connues en droit étranger. Les questions de droit sont presque toujours compliquées de questions de fait délicates qui ont tendance à les dominer (3). Toujours est-il que la jurisprudence, même quand elle se fait législateur, ne semble pas s'inspirer du droit étranger.

---

(1) Rapport de M. Weiss sur *rôle, fonction et méthode du droit comparé en matière de droit civil*, p. 7 et 8.

(2) *Mission du droit comme instrument de révélation de l'orientation de la vie juridique*, par M. Josserand, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon.

(3) Voir notamment sur la question des brevets d'invention : Cass., 17 mai 1899. D. P. 1900. 1. 7; Besançon, 22 février 1899. D. P. 1900. 2. 68; Cass. Req., 24 octobre 1898. D. P. 1900. 1. 128; Dijon, 5 juin 1899. D. P. 1900. 2. 214.; Cass., Ch. réunies, 30 octobre 1899. D. P. 1900. 1. 337; Req. Cass., 2 mai 1899. D. P. 1900. 1. 391; Req., 5 mars 1900. D. P. 1900. 1. 465; Cass., 17 juillet 1900. D. P. 1900. 1. 492. La jurisprudence se fixe par des décisions de principes ou de bon sens, sans faire appel aux législations étrangères.

Un moyen de l'amener peut-être à s'en préoccuper, serait de faire des enquêtes sur des questions qui sont plus spécialement l'objet de difficultés de jurisprudence. Par là, on mettrait sous les yeux des juriconsultes, dont plusieurs font partie de sociétés savantes, des questions d'ordre plus particulier qui pourraient influer sur leurs délibérations.

M. Jitta l'a fait pour les Pays-Bas, en mentionnant des dispositions judiciaires intéressantes sur la faillite de la société en nom collectif, la société anonyme irrégulière, l'exception de jeu, l'assistance maritime (1).

M. Saleilles cite un cas dans lequel la jurisprudence française est conseillée, d'une façon toute spéciale, par les renseignements tirés des législations étrangères : il s'agit de « la tendance de réserver à la femme mariée, même sous le régime de communauté, un patrimoine séparé, composé des biens affectés, soit à son entretien personnel, soit aux dépenses domestiques rentrant dans son département particulier. » (2)

---

(1) *Annales de Droit commercial*, avril 1902, p. 57 et suiv.

(2) *Revue trimestrielle de Droit civil*. Art. cité sur l'*École historique*, p. 110 et 111.

SECTION IV

Adoption de la loi étrangère par la loi nationale

Le législateur n'est pas arrêté par les mêmes scrupules que le juge. Il n'a pas à se préoccuper d'appliquer la loi ; son but est, au contraire, de la réformer. Aussi peut-il retirer de l'étude du droit étranger tout le profit qu'il comporte. En fait, l'influence des législations étrangères sur les lois nouvelles ne peut être discutée.

« Il n'est point, on peut le dire, de projet de loi quelque peu important qui se présente devant l'un quelconque des Parlements d'Europe, sans se faire précéder, dans l'exposé des motifs, d'un long cortège de droit comparé, où l'on voit défiler les dispositions que présentent sur la matière les principales législations étrangères. » (1)

Nous ne pouvons mieux faire que d'en donner des exemples.

Toutefois, il convient de remarquer que le législateur ne saurait trop contrôler le travail du juriconsulte pour ne pas s'aventurer à la légère en modifiant le droit national. Aussi devrons-nous examiner quelque peu le mérite des emprunts qu'il a faits à l'étranger.

Pour ces motifs, nous diviserons notre sujet en deux parties : la première comprendra les applications légis-

---

(1) Rapport de M. ESMEIN, p. 2.

latives de droit comparé accessoire en matière de droit public ; la seconde comprendra les mêmes applications en matière de droit privé.

I

Droit Public (1)

En matière de législation, le rôle joué par le droit comparé accessoire, a été en fait très important. M. Deslandres (2) en cite plusieurs exemples : « Quand les colons américains se constituèrent en Etat indépendant, ils demandèrent leur inspiration à l'Angleterre et étudièrent sa constitution dans Montesquieu. Lors de la Révolution Française, Mounier et la première commission de constitution présentèrent un projet qui n'était guère que la traduction en articles constitutionnels du fameux chapitre de Montesquieu sur l'Angleterre. » En 1814, on s'adressa à la même source pour « réconcilier le principe monarchique et le principe national. » Au lende-

(1) Nous entendons par droit public, le droit constitutionnel et le droit administratif, c'est-à-dire « d'une part tout ce qui touche à l'organisation et aux rapports des pouvoirs publics, d'autre part, la règle de leur action dans leurs relations avec les simples particuliers et avec les groupes. Dans les deux cas, en un mot, il s'agit de l'état, de sa structure et de sa forme d'abord, de sa fonction ensuite, et du contrat qui s'établit dans l'accomplissement de cette dernière avec l'individu et avec le groupe ». Rapport de M. LARNAUDE sur « le Droit comparé et le Droit public » p. 2.

(2) Rapport de M. DESLANDRES, p. 2.

main de la Révolution de février, on étudia la constitution des Etats-Unis et une « République à tendances américaines remplaça sur le sol de la France, la Monarchie à l'anglaise déracinée. »

Aujourd'hui des écoles politiques cherchent encore à l'étranger le gouvernement idéal ; l'Angleterre a ses fervents ; les Etats-Unis et la Suisse ont aussi leurs partisans.

En théorie, ce procédé est-il légitime? La législation comparée est-elle la vraie méthode de la science politique constructive? M. Deslandres (1) ne le pense pas et il en donne des raisons qui semblent décisives :

1° Les institutions politiques ne peuvent être que nationales, car elles doivent régir un peuple entier avec son tempérament, ses aspirations, ses traditions..., et le tempérament d'un peuple avec les combinaisons variées des groupements qui le constituent, est infiniment plus spécial que le tempérament individuel de ceux dont il est formé ;

2° Le droit public constitutionnel, gouvernemental, se détache de la constitution écrite, pour suivre, sous l'empire des faits, une constitution coutumière. Cette constitution coutumière est d'essence nationale, car elle est « l'émanation de la nation » ;

(1) Rap. cit., p. 3 et suiv.

3° Il est par suite très difficile de connaitre les institutions politiques réelles. Un ministre est comme un grand commerçant qui exploite une idée nouvelle ; il dissimule, pour être seul, s'il est possible a en obtenir le profit.

Toutes ces remarques sont très judicieuses. M. Deslandres illustre d'ailleurs sa démonstration en montrant le sort des emprunts faits aux législations étrangères (1). Personne ne croirait aujourd'hui que les Etats-Unis ont copié l'Angleterre, que les Républiques latines de l'Amérique ont copié les Etats-Unis, que notre régime actuel s'est inspiré du parlementarisme anglais.

Mais, si le principe général est juste, il convient pourtant de le limiter. Il faut mettre de côté tout ce qui touche à la vertu éducatrice du droit comparé accessoire. Nos hommes politiques (2), avant de voter certaines lois, ont le devoir de contrôler nos forces avec celles des puissances rivales, de comparer nos institu-

---

(1) Rap. cit., p. 8 et suiv. M. LARNAUDE donne aussi des exemples, p. 13.

(2) La Commission du budget fait souvent des applications de droit public comparé en contrôlant ce qui se passe chez les puissances rivales. Voir notamment un des rapports du budget de la Marine. *Journal Officiel*, 1890, Chambre Annexes, t. II, p. 963. Voir aussi *Journal Officiel*, 1890. Débats parlementaires, p. 2084, les observations de M. LE COUR-GRANDMAISON sur le budget de la Marine, qui appellent l'intention du Ministre de la Marine sur les travaux de l'Angleterre et de l'Allemagne.

tions avec les leurs. Il faut distinguer aussi le principe d'une réforme et son application. Si le droit public national a imité le droit public étranger, le droit étranger pourra éclairer le droit national. M. Larnaude en donne des exemples dans l'histoire du régime parlementaire sous la Restauration et le Gouvernement de juillet en France et dans les constitutions des Etats du sud de l'Amérique (1). Il faut, enfin, faire la part de certaines tendances universelles qui pourront se réaliser dans les droits nationaux. Nous les retrouverons.

II

Droit Privé

Droit civil. — Il ne manque pas de lois civiles importantes qui ont emprunté aux législations étrangères. Elles sont si nombreuses que nous n'essaierons pas de les indiquer toutes. Nous en citerons quelques-unes; pour les autres on trouvera des renseignements à ce sujet surtout dans l'*Annuaire de Législation française.*

Dans la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire les orateurs partisans du projet ont cité les législations étrangères comme un exemple à

(1) Rapport de M. LARNAUDE, p. 10. M. LARNAUDE dit notamment qu'un des meilleurs commentaires de la constitution de la République Argentine est la traduction faite par Nicolas Antonio CALVO, des Commentaires de STORY, sur la constitution fédérale des Etats-Unis.

suivre pour la France; ils citèrent l'Angleterre, la Prusse, l'Allemagne, le Danemark, la Suède et la Norwège, l'Autriche-Hongrie, la Suisse, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, etc... Les orateurs qui insistèrent pour que l'obligation fut organisée de la façon la plus libérale s'appuyèrent sur les institutions anglaise, prussienne, suédoise, norwégienne, etc... Ainsi l'étude des législations étrangères, entreprise par des orateurs d'opinions opposées, a été un des éléments principaux de décision dans le débat (1).

La loi du 4 avril 1882 relative à la restauration et à la conservation des terrains en montagne s'est inspirée de toutes les lois actuellement en vigueur chez les autres nations de l'Europe. (Notice de M. des Chesnes dans l'*Annuaire de Législation française*, 1882, p. 95). M. Naquet, pour réclamer l'admission du divorce, disait : « Je n'ai qu'à jeter les yeux autour de moi et je trouve le divorce qui fonctionne sous toutes les latitudes, sous tous les régimes : dans la Russie autocratique, dans la Hollande, en Angleterre, dans la Belgique constitutionnelle, dans la Suisse et dans l'Amérique républicaines, etc... » (2).

---

(1) *Journal Officiel*. CHAMBRE. Exposé des motifs : 15 février 1880, p. 1775. Voir, pour les références, *Annuaire de Législation française*, notice par M. CARRA DE VAUX, 1882, p. 67.

(2) SÉNAT. Séance du 27 mai 1884. Cité dans l'*Ann. de Lég. franç.*, 1884, p. 168.

En 1880, M. Martin Nadaud exposant un projet de loi sur les accidents du travail, disait : « L'innovation que nous vous proposons est en partie réalisée dans le canton de Genève depuis une loi du 26 juin 1878. En Angleterre et en Allemagne la même question est à l'ordre du jour » (1). En 1889, quand M. Tolain, sénateur, reprenait le projet, il ajoutait (2) : « L'Allemagne et l'Autriche appliquent une législation bien autrement lourde et rigoureuse que celle qui vous est proposée, législation que la Suisse prépare et qui s'élabore en Italie » ; puis il indique la comparaison des législations étrangères et du projet.

Lors de la discussion de la loi du 12 janvier 1895, relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers et employés, on invoqua comme précédents la loi Allemande du 21 juin 1869, l'act de 1881 pour la province de Québec, la loi Belge du 18 août 1887, la loi Autrichienne du 26 mai 1888 (3).

La loi du 5 novembre 1894, relative à la création de Sociétés de Crédit Agricole, s'inspira des banques Allemandes de MM. Raiffeisen et Schulze Delitzsch et des législations de l'Angleterre, de l'Ecosse et de l'Italie (4).

---

(1) *Journal Officiel*, 1880, p. 6180.

(2) *Journal Officiel*. SÉNAT, 1889. Annexes, p. 21 et 22.

(3) *Ann. de lég. fr.*, 1895, p. 40 et suiv.

(4) *Ann. de lég. fr.*, 1894, p. 80.

Ces exemples démontrent, autant qu'il est nécessaire, le rôle important du droit comparé accessoire en matière de droit civil. Son utilité n'est plus à démontrer, puisque son application est consacrée depuis de nombreuses années.

Cependant il faut tenir compte des précautions qu'il est toujours nécessaire de prendre en semblable matière. Pour bien les mettre en lumière, nous allons donner comme exemple un rapport qui a été fait à la Chambre des députés. M. G. Chastenet, dans la présentation du projet sur la loi des warrants agricoles et l'exposé des motifs (1), semble bien préciser les influences qui doivent guider le législateur. Il commence par indiquer le but de la loi, qui est de donner du crédit à l'agriculture, et il montre combien elle a souvent besoin de capitaux. Il expose que l'utilité de donner du crédit à l'agriculture, est incontestable, au point de vue de son intérêt particulier et au point de vue de l'intérêt public, auquel elle est intimement liée ; et il constate que les législations étrangères ont donné l'exemple ; il cite d'abord celles des peuples qui ont surtout de commun avec nous le développement économique, comme les Etats-Unis, l'Angleterre, l'Ecosse, l'Allemagne ; il cite ensuite celles des peuples qui ont le

(1) *Annexes Chambre des Députés*, n° 2869, 1897, t. II, p. 247.

même dévoloppement économique que nous, et qui, de plus, font partie du même groupe de législations, notamment la Belgique et la Roumanie.

L'exposé de l'idée, sur laquelle repose la loi, et des exemples fournis par les législations étrangères, et donné dans cet ordre, nous paraît excellent à suivre. Il conviendrait peut-être d'y ajouter, au point de vue surtout de la rédaction de la loi elle-même, le compte rendu d'une enquête qui serait faite près des Cours et Tribunaux (1) et des Facultés. De cette façon, les projets de loi seraient étudiés par la doctrine et la jurisprudence ; ils seraient guidés par l'exemple des législations étrangères.

Droit commercial et industriel

On pourrait encore, semble-t-il, indiquer des résultats plus importants de droit comparé accessoire en droit commercial qu'en droit civil. En fait, depuis le commencement du XIXe siècle, les législations de presque tous ces pays se sont inspirées les unes des autres dans cette élaboration générale de droit commercial.

Notre code de 1807 a d'abord servi de modèle. La Belgique, l'Italie et encore, à un moindre degré, l'Espagne, le Portugal, la Bulgarie et la Grèce l'ont

---

(1) Cela a été fait pour la loi du 7 avril 1900 relative au taux de l'intérêt légal.

imité. La Roumanie a copié sa législation commerciale sur la législation Italienne de 1882. La Turquie a adopté, en 1850, le premier et le troisième livre de notre Code pour régler les rapports commerciaux entre Musulmans. Le Code de Commerce du Japon a été rédigé par M. Boissonade, professeur à la Faculté de Droit de Paris. Cette constatation de l'imitation de la législation commerciale française par des pays aussi divers s'explique par cette raison que les besoins commerciaux peuvent être partout les mêmes chez les peuples dont les institutions politiques sociales et religieuses sont les plus différentes (1).

Dans la seconde moitié du XIXe siècle l'influence française a été beaucoup moins considérable ; c'est l'influence du droit allemand qui a été prépondérante. Le droit commercial allemand est contenu dans le Code de Commerce de 1861, remplacé, depuis le 1er janvier 1900, par le Code de Commerce de 1897, et dans la loi sur le change de 1848. Le droit commercial allemand a été imité par l'Autriche, la Hongrie, la Suisse, les Etats Scandinaves. Les Pays-Bas leur ont emprunté leur loi sur la faillite. La Russie leur a emprunté son projet de loi sur les sociétés par actions (2). L'Italie a préféré à la nôtre la théorie des Allemands sur le change.

---

(1) M. LYON-CAEN le constate dans son rapport, p. 2.

(2) *Annales de droit commercial*, 1899, p. 262. Note de M. FARDÈS.

Quand l'Angleterre s'est enfin décidée à codifier quelques lois sur les sociétés, les faillites et les effets de commerce, elle s'est inspirée, elle aussi, de la législation allemande.

En droit commercial, le droit comparé accessoire a donc présidé depuis un siècle à toutes les modifications législatives.

En droit industriel, M. Pic donne aussi quelques exemples particuliers (1) : « La France, l'Italie, l'Angleterre, l'Espagne, etc., ont emprunté à l'Allemagne le principe du risque professionnel, complété ou non par l'assurance, en matière d'accidents du travail ; l'Allemagne et l'Italie, en revanche, se sont inspirées de notre législation sur les prud'hommes, dont elles ont élargi le champ d'action, dans leurs lois sur les juridictions industrielles; à peu près simultanément, la Suisse et l'Allemagne ont modifié, dans le sens d'une protection plus accentuée, leur législation sur le travail industriel des femmes et des enfants (2) ; depuis peu un mouvement se dessine en France, en Belgique, en Espagne, dans le sens d'une législation synthétique sur le contrat de travail (3).

---

(1) Rap. cit., p. 4.

(2) Emprunt fait à la législation anglo-saxonne.

(3) Il s'inspire de la législation allemande.

Droit Pénal

En fait, le droit pénal est une des branches du droit qui a le plus profité, et depuis le plus longtemps, de la comparaison des lois étrangères (1).

En ce qui concerne l'emprisonnement cellulaire, un mouvement universel s'était dessiné, à la fin du XVIIIe siècle, grâce à un échange de communications entre la France et l'Amérique et surtout aux voyages de Franklin, de Haward et du duc de la Rochefoucault-Liancourt.

Au XIXe siècle, de grandes enquêtes furent organisées aux Etats-Unis par la France, l'Angleterre et la Prusse. « Deux congrès pénitentiaires internationaux étaient tenus, dès 1845 et 1846, à Francfort et à Bruxelles, tandis que les deux fameuses sessions d'York et d'Anvers de l'Association pour la codification du droit des gens, ne datent que de 1864 et de 1877, et que le premier Congrès international de droit commercial est de 1885. »

C'est ainsi qu'il peut sembler vraisemblablement que

---

(1) Nous allons indiquer à ce sujet les principales constatations faites par MM. DEMOQUE et LOUBOURS-PIGEONNIÈRE dans leur rapport sur « les Progrès du régime pénitentiaire ; de l'influence exercée par la comparaison des lois étrangères sur les modifications au régime pénitentiaire sous ses formes diverses, métropolitaines et coloniales. »

l'idéal résultant des législations étrangères ait servi de guide aux réformes adoptées.

Nous allons citer des exemples :

En 1814, M. de la Rochefoucauld-Liancourt s'inspire du régime qu'il a vu pratiquer en Amérique pour les jeunes détenus, et obtient du roi l'autorisation de l'expérimenter sur cent d'entre eux. La chute de la Restauration empêche malheureusement l'ordonnance d'être appliquée (*C. f. Un réformatoire en 1814, Rev. Pénit.*, 1898). Avant de fonder Mettray qui devait servir de type à la loi de 1850, M. Demetz se préoccupa de quelques tentatives isolées qui s'étaient produites en Europe ; il visita trois établissements correctionnels d'enfants à Hambourg, Dusseldorf et Red-Hill (*Rev. Pénit.*, 1897, p. 308).

En 1854, c'est un Anglais, le Dr Sidney Turner, qui vient visiter Mettray et, à la suite d'une enquête parlementaire, la Grande Bretagne fondait des écoles de réformes analogues à nos établissements (*enquête d'Haussonville*, p. 285). Presque tous les autres pays sont entrés dans la même voie.

En France, nous trouvons, dans nos travaux parlementaires, les traces de l'influence des législations étrangères.

M. le comte d'Haussonville, dans son rapport sur l'enquête pénitentiaire de 1872, M. Bérenger, dans son rappport à l'Assemblée Nationale, en tenaient grand

compte. Ils faisaient remarquer que presque tous les pays avaient des prisons cellulaires, l'Angleterre, la Belgique, les Pays-Bas, l'Italie...

« Dans certains états, précisaient-ils, ce régime est admis dans la mesure où nous le proposons. L'isolement y est repoussé pour les longues peines, mais il est admis pour les peines de courte durée ; cela a lieu en Autriche, en Danemark (jusqu'à trois ans), en Suède, en Norvège, dans le grand duché de Bade, à Bâle, à Zurich, dans le Tessin ; aux Pays-Bas où le maximum du temps à passer en cellule a été d'abord d'un an, puis deux enfin de quatre. »

Après avoir indiqué les exemples, ils pouvaient indiquer aussi les résultats : « Tous ceux qui ont été à Philadelphie, ont dit que la cellule ne dépassait pas la mesure de la répression permise ; cela est si vrai qu'en Hollande, les prisonniers demandent parfois la cellule comme un bienfait... Sous ce régime la mortalité est moindre aux Etats-Unis qu'avec le régime d'Auburn.

Au sujet de la transportation (1), dans la loi du 31 mai 1854, nos législateurs empruntent à l'Angleterre

---

(1) Voir *La transportation russe et anglaise*, par M. Ivan Foïnitski et M. Bouet-Maury ; *De la transportation considérée comme moyen de répression et comme force colonisatrice*, par M. H. Cor. *Rev. crit.*, 1896, p. 609.

l'idée de cette mesure répressive en lui donnant toutefois des caractères originaux.

Mieux que la loi de 1854, la loi du 27 mai 1885 est une imitation pure et simple de la transportation anglaise, réformée d'ailleurs par Lord Grey, en 1847 ; comme en Angleterre, le condamné subira sa peine dans sa patrie ; après sa libération seulement, il sera expatrié.

A son tour, l'institution française a inspiré le projet déposé à la chambre italienne, le 9 février 1899.

En matière d'imputation de la détention primitive, la loi française du 15 novembre 1892 s'est inspirée en particulier du code italien, du code belge, du code espagnol et de la loi grecque. Elle a toutefois trouvé une formule plus heureuse.

En 1885 (14 août), en créant la libération conditionnelle, la France est venue se joindre à une longue liste de législations : l'Angleterre (1853), l'Allemagne, la Suède, le Danemark, la Hollande, la Hongrie, la Croatie, la Serbie, les Etats-Unis, presque toute la Suisse. Depuis 1885, on voit paraître la libération conditionnelle en Autriche (1886), en Belgique (1888), en Italie (1889), en Portugal (1893).

MM. Demogue et Lerebours-Pigeonnière donnent encore d'autres exemples en matière de sursis (Loi du 26 mars 1891 ; de récidive (Projet du Code Pénal, art. 23) ; de prestations pouvant remplacer l'emprisonnement

(Loi de 1859 en matière forestière) ; Loi du 21 décembre 1897 pour l'Algérie (Loi du 26 octobre 1888).

Enfin, on ne peut oublier la rapidité avec laquelle l'institution du jury s'est répandue, à la suite de l'Angleterre, dans les diverses législations. Successivement, elle a été appliquée « en France, en Autriche, en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Belgique, en Russie, en Suisse, en Bosnie et en Herzégovine, dans les Pays-Bas, dans les Pays Scandinaves, en Portugal, en Egypte, aux Etats-Unis » (1).

Les diverses législations ont donc su s'imiter les unes les autres pour profiter des améliorations inspirées par les criminalistes les plus heureusement novateurs (2).

APPENDICE

Seconde conception du droit comparé accessoire

A côté de son rôle législatif, le droit comparé accessoire peut en avoir un autre. Il peut prétendre simplement servir à la fécondation des doctrines et jurisprudences

(1) DALLOZ. *Suppl. Proc. crim.*, p. 502 et suiv. Voir également : GARREAU, *Précis de droit criminel*, 5e édition, 1895, p. 640 ; AIGNAN, *Histoire du Jury*, thèse 1882.

(2) Comme ouvrages : *L'individualisation de la peine, à propos du livre de M. Saleilles*, par M. Paul NOVEL, *Rev. crit, de Lég. et de Jur.*, 1898, p. 545 ; *Examen critique et comparé du projet de réforme du Code pénal français*, par J. CHAMPCOMMUNAL.

internes par le rapprochement et la comparaison du droit national avec le droit étranger.

Il exige pour s'exercer que la législation et la jurisprudence nationales aient des réglementations très voisines de celles des institutions étrangères correspondantes. Sinon il ne saurait y avoir de comparaisons qui puissent servir à la fécondation du droit positif interne. Le travail entrepris ne pourrait profiter qu'à la critique de la loi nationale et à susciter un courant d'opinion en vue d'une réforme législative ou de jurisprudence. Il ne pourrait arriver à féconder l'une par l'autre des doctrines et des jurisprudences qui n'ont point de conceptions et de principes communs et qu'aucun lien étroit ne rattache.

Le lien étroit qui doit unir la législation nationale à la législation étrangère peut être surtout la conséquence d'emprunts de législation ou d'identé de besoins économiques (1). Le plus souvent les deux causes seront unies, car c'est justement l'identité des besoins économiques qui produit plus particulièrement les emprunts de législation. Elles peuvent cependant être séparées si l'évolution économique n'a pas encore occasionné l'évolution juridique correspondante.

Dès qu'il y a un point de contact entre les deux droits

---

(1) M. LAMBERT. Rapport cité.

positifs internes, il en sort toute une série de conséquences. M. Lambert indique notamment qu'on pourra obtenir de nouvelles conclusions des principes admis; qu'on pourra donner de meilleures explications des textes législatifs; qu'il sera possible de les concilier plus heureusement, et d'arriver à des formules et à des définitions plus exactes.

L'action du droit comparé ainsi entendu est très féconde surtout en doctrine; elle éclaire le droit national. Lorsque la solution étrangère concorde avec la nôtre, la valeur de celle-ci s'affirme davantage; lorsqu'il y a divergence, l'exposé des deux systèmes contraires les rend plus nets par l'effet du contraste et permet d'en mieux déterminer les avantages et les inconvénients (1). C'est par ce motif que celui qui entreprend cette étude est presque toujours amené à proposer au législateur et au juge une solution nouvelle.

En jurisprudence le droit comparé ainsi entendu ne semble pas encore avoir produit de résultats. Cependant ont pourrait très bien en obtenir dans le rapprochement des dispositions appliquées des législations qui, comme

(1) Voir M. Saleilles : Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand, 1890. Pichon, éditeur, particulièrement, p. 193, 208. 355, et aussi dans les *Annales du droit commercial*, article cité, p. 224 et suiv.

le dit M. Esmein (1), sont sœurs de la nôtre. Les jurisprudences de la Belgique et de l'Italie surtout, dont les codes procèdent directement des nôtres, doivent être pour la jurisprudence française un sujet d'étude important et fécond.

(1) « La doctrine et la jurisprudence ». *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, p. 18.

III

Droit commun législatif externe

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

La conception de M. Lambert

Le droit comparé accessoire mène nécessairement au droit commun législatif. Son résultat qui est une pénétration réciproque de tous les domaines juridiques nationaux doit aboutir à une doctrine qui domine toutes les législations particulières. C'est en somme, pour chaque pays, le concours à la formation d'un droit commun de l'humanité civilisée (1). Chaque imitation efface une diversité et tend au rapprochement des législations; aussi plus le droit comparé accessoire aura produit de résultats et plus nous serons près d'un droit commun législatif; le droit commercial y sera le mieux préparé; il ne faudra pas songer, au contraire, à un droit unitaire en droit public.

Seulement pour entreprendre l'étude du droit com-

---

(1) C. f. M. SALEILLES. *Annales de Droit commercial*, p. 219 et Rapport, p. 15 ; aussi *Journal de Droit comparé* du 11 août, p. 5.

mun législatif, il faut abandonner ce point de vue. Le droit commun législatif, tel que l'entend M. Lambert (1) n'est pas un résultat : c'est le droit comparé pratique lui-même. Il n'y a, d'après son système, que deux droits comparés : 1° le droit comparé scientifique qui se confond avec la méthode comparative et est une source distincte; il a son domaine à part, qui comprend toutes les législations vivantes ou mortes reliées entre elles par un lien de parenté, et son rôle spécial qui est « de révéler les lois du développement juridique et d'intégrer chacun des systèmes juridiques dans l'un des échelons de l'évolution générale de l'humanité » (2);

2° Le droit comparé pratique qui n'est autre que le droit commun législatif; il a son domaine propre qui ne comprend que le droit privé des législations arrivées au même stade d'évolution et son rôle spécial qui est de diminuer le nombre de points de divergence entre nos droits positifs et d'arriver à unifier le plus d'institutions juridiques possible.

Les autres droits comparés ne sont que des résultats; le droit accessoire perfectionnera la législation nationale avec les enseignements qu'il retirera du droit commun

---

(1) M. LAMBERT a développé dans son Rapport ses idées sur le droit commun législatif. Il les avait déjà fait pressentir à la fin de son art. cité : *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, p. 26 et suiv.

(2) C. f. M. LAMBERT. Rapport cité.

législatif; l'idéal relatif de M. Saleilles n'est aussi qu'un résultat car c'est le droit commun qui le dégagera.

M. Lambert ne prétend pas qu'à l'heure actuelle il convient d'entreprendre la réalisation d'une loi unique pour l'humanité tout entière. Il n'y a pas à rêver aujourd'hui d'une sorte de cosmopolitisme juridique qui supprime les droits particuliers. Mais la fonction du droit commun est de provoquer un rapprochement continu entre les législations qui forment l'objet du travail de comparaison, de dégager, dessous la diversité apparente des législations, le fond commun d'institutions et de conceptions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes communes et de l'enrichir par des empiétements successifs sur le domaine du particularisme. Son but est d'effacer les diversités accidentelles de législation entre pays de même civilisation, s'appliquant à des milieux économiques analogues, et qui n'ont pas leur raison d'être dans la constitution politique, sociale et morale des peuples (1).

Pour arriver à déterminer le droit commun législatif, M. Lambert ne s'occupe que des législations qui sont arrivées au même stade d'évolution ou qui appartiennent à la même famille juridique. Il laisse de coté le droit musulman qui est le produit d'un milieu religieux et

---

(1) M. LAMBERT. Rapport cité.

économique différents, et le droit de la Suisse qui vit sous le régime coutumier et doit faire l'objet d'une question spéciale. Il hésite s'il doit comprendre dans son étude le droit anglo-saxon qui est lui aussi coutumier pour la grande majorité de ses institutions et qui pourtant a quelques éléments d'interpénétration visibles surtout dans les législations filles du droit anglais. A supposer qu'il laisse de côté le groupe anglo-saxon, le domaine de son étude est encore immense puisqu'elle comprend les législations du groupe latin, du groupe germanique et peut-être du groupe slave.

Une fois l'horizon ainsi délimité, M. Lambert analyse en détail chacun des symptômes juridiques qu'il se propose de rapprocher. Il parcourt les mêmes questions que l'interprète du droit interne, sans trop s'attacher aux controverses et en examinant successivement les solutions données dans les législations comparées.

Il cherche ces solutions dans les Codes et dans la jurisprudence de chaque pays. Il s'efforce de connaître aussi l'esprit et la raison d'être de chaque solution, et pour cela il replace chaque institution dans le milieu social aux besoins duquel elle est accommodée.

Une fois les solutions ainsi rassemblées, il en fait jaillir le droit commun législatif. Le résultat dépendra des constatations qui auront été faites.

Il se peut, qu'à défaut de l'unité de réglementation, il puisse noter l'unité de tendances. Par exemple, on peut

supposer que les Codes anciens contiennent une règle, et les Codes nouveaux une règle différente, et que la jurisprudence des Codes anciens soit conforme à la règle des Codes nouveaux ; alors, il sera facile d'établir le droit commun, puisqu'il existe déjà en fait.

Au contraire, plusieurs groupes obéissent chacun à des tendances différentes. Alors il s'agit de savoir, au moyen de l'histoire comparative des institutions, si ces tendances sont ou non irréductibles ; si la cause de divergence est durable, si elle est politique, économique, morale ou religieuse. Il s'agit de rechercher si elle est irréductible entre chacune des législations qui composent un groupe, ou seulement entre groupes. Il n'y a plus, après l'examen de chacune des questions de la matière, qu'à réunir les conclusions.

On ne saurait trop remarquer les difficultés et l'immensité d'un tel travail ; il exige comme préliminaires la connaissance de toutes les langues des peuples dont on compare les législations, afin de pouvoir étudier leurs Codes, leurs doctrines et leur jurisprudence, et de pouvoir vérifier la valeur des travaux qu'elles inspirent. Il impose ensuite pour le droit privé tout entier la résolution des mêmes difficultés que nous avons exposées pour chaque question du droit comparé accessoire. C'est donc le droit du monde civilisé presque tout entier qu'il faut connaître, c'est son évolution qu'il faut cons-

tater, c'est l'esprit et la raison d'être de toutes ces institutions qu'il faut apprécier.

SECTION II

Sa possibilité de réalisation

La possibilité du droit commun législatif repose sur cette idée que les divergences entre les législations codifiées ne sont guère plus nombreuses et plus profondes aujourd'hui qu'elles ne l'étaient entre les coutumes rédigées au XVI[e] siècle; « entre les deux (1) groupes de législations latines et germaniques, dit M. Lambert, les éléments susceptibles de servir à la constitution d'un fonds juridique commun sont nombreux et apparents. »

Les uns sont d'ordre historique; nous avons vu que ces deux groupes se sont alimentés à des sources communes : les coutumes germaniques, le droit féodal, le droit romain et le droit canonique. D'autres sont la conséquence des phénomènes d'interpénétration et d'imitations juridiques dont nous avons donné des exemples. Il en est d'ordre scientifique. L'homme se guide par sa raison. Rien n'est plus propre à le satisfaire que l'ordre symétrique et logique substitué aux complica-

---

(1) Rapport de M. LAMBERT.

tions de la vie (1). Par ailleurs, tout ce qui touche aux sciences et à la philosophie (2), constitue un même problème pour tous les peuples civilisés, que ce soit l'étude de l'efficacité des moyens de lutte contre le crime, comme en criminologie, ou la recherche de procédés scientifiques, comme la thechnique juridique.

Les plus nombreux sont d'ordre économique et social. « Les merveilleuses facilités offertes aux voyages, à la transmission de la pensée, ont transformé les conditions de l'existence; elles ont rapproché l'homme de l'homme, elles ont diminué la terre (3). » Les notions de temps et d'espace ont singulièrement aplani leurs obstacles avec les découvertes de la vapeur, de l'électricité, du télégraphe et du téléphone... Aujourd'hui la vie des peuples civilisés est par certains côtés internationale. La grande fortune actuelle est la fortune mobilière et elle n'a point d'assiette fixe en aucun territoire. Les capitaux savent émigrer rapidement. Sitôt que les impôts augmentent ou que quelques dangers menacent les gros portefeuilles, l'argent file. Il s'habille en

---

(1) C. f. M. TARDE. *Les lois de l'Imitation.*

(2) SÉNÈQUE disait : « Tout ce monde que tu vois et qui renferme les choses divines et humaines est un... Nous sommes membres d'un grand corps. Nulle part l'homme est étranger ; sa vraie patrie est l'univers ». TÉRENCE disait aussi : « *Homo sum, humani nil a me alienum puto* ».

(3) Rapport de M. WEISS, p. 1.

étranger pour qu'on le laisse tranquille (1). Les bourses sont internationales ; on joue sur toutes les valeurs du globe. La haute société est souvent cosmopolite et Paris en est la ville type. De grands noms français s'allient à des fortunes d'Amérique ou d'ailleurs et dans certains salons, les étrangers sont les plus nombreux. D'autre part des partis politiques, comme le socialisme, s'essaient à devenir internationaux. Si nous consultons les revues, elles sont, en grande majorité, internationales ; la presse quotidienne l'est également. Il suffit d'une occasion comme une exposition universelle pour que des millions d'étrangers affluent de tous les pays de l'univers et que des congrès internationaux se forment par centaines.

Ces rapprochements de la vie sociale universelle (2) ont révélé des besoins économiques identiques et des

(1) Il y a des banques internationales ; il y en a d'autres qui font des ouvertures de comptes conjoints et solidaires.

(2) Il y a, à ce sujet, dans la *Revue de Droit international et de Lég. comp.* 1899, t. I, des articles intéressants de M. PASQUALE FIORE sur l'*Organisation juridique de la Société internationale.* Au cours de son travail, il montre (p. 107) comment le Christ proclama l'unité du genre humain : « Il n'y a ni Juifs, ni Grecs, ni esclaves, ni libres, puisque vous êtes tous frères en Jésus-Christ » ; puis il expose comment l'idée de communauté s'accentua ; comment la communauté elle-même se fit dans chaque peuple, puis entre les peuples. Elle fut une conséquence du contrôle exercé par l'opinion publique dans la politique intérieure et extérieure de la plupart des pays ; de l'éman-

créations juridiques similaires. Qui plus est elles ont créé des affinités plus ou moins grandes qui se forment insensiblement et sans cesse par un échange journalier d'idées et de produits (1). A certains points de vue ils ont amené une sorte de fusion des peuples (2), qui a

---

cipation de la volonté (constatée aussi par M. GUIHAIRE, thèse citée, p. 273) ; du développement prodigieux des rapports commerciaux. Elle se manifesta dans des ouvrages comme ceux de Machaviel, Locke, Montesquieu, Hume, Quesnay et Turgot (p. 114) ; dans des traités, par exemple dans celui de PARIS en 1856 (p. 118) : « Les grandes puissances, au lieu de limiter leur mission à régler les conséquences de la guerre, établirent des règles uniformes relativement aux droits des neutres et aux droits des belligérants ». Aujourd'hui la liberté existe partout, au moins en théorie, aux points de vue religieux, politique et juridique ; l'égalité règne (ou doit régner) entre les nations comme entre les individus. Chaque peuple a ses droits internationaux et comprend les avantages de la solidarité. Consulter sur le même sujet : DE MARTENS : *Précis du droit des gens modernes de l'Europe* (indiqué même *Revue*, p. 281) ; *Le Concert européen et la notion du droit international*, par Ernest NYS (même *Revue*, p. 273). *Le développement économique et l'histoire*, par le même. Même *Revue ;* notamment 1898, p. 88.

(1) « Les inégalités géographiques, naturelles et intellectuelles, de l'avoir des peuples, s'aplanissent par l'échange des productions matérielles et intellectuelles. » JHERING, ouv. cit., t. I, p. 7.

(2) « Dans nos sociétés européennes, les progrès extraordinaires de la mode sous toutes ses formes, de la mode appliquée aux vêtements, aux aliments, aux logements, aux besoins, aux idées, aux institutions, aux arts, sont en train de faire de l'Europe l'édition d'un même type d'homme tiré à plusieurs centaines de millions d'exemplaires. » M. TARDE, *Des Lois de l'Imitation*, p. 34 et suiv.

déjà fait songer à inventer une langue internationale (1), comme elle peut faire espérer à M. Lambert la réalisation d'un droit commun législatif.

Mais, d'un autre côté, ils ont produit une réaction. Beaucoup de bons esprits ont pensé que ces tendances internationales constituaient un péril pour la vie nationale. M. Picot constate aussi que le « vice essentiel de notre temps, ce qui alarme à bon droit ceux qui observent et qui pensent, c'est, à tous les degrés, l'affaiblissement de la personnalité ; c'est le mal social et politique, c'est le mal moral qui nous menace (2). « L'homme disparait dans le groupe ; la nation disparait dans l'humanité tout entière. On a voulu relever l'homme et la nation, et un mouvement s'est formé, qui n'est pas « une épidémie passagère d'influenza nationaliste (3), mais qui a été retentissant et qui semble encore considérable (4). Nous avons assisté en Allemagne au pan-germanisme. Nous avons les nationalistes en France, et le mouvement n'est pas, à notre avis, un retour au

(1) Un premier essai, celui du Volapuck, n'a pas réussi : un second essai, celui de l'Esperanto, lui est, paraît-il, de beaucoup supérieur.

(2) *Journal des Savants*, 1900, p. 573.

(3) MM. L. VAUTHIER et Ad. COSTE. *Revue Internationale de Sociologie*, juin 1901, p. 425 et suiv.

(4) Lire à ce sujet : *Persistance du caractère national des Belges*, par Théophile QUOIDBACH. Mémoire couronné par l'Académie royale de Bruxelles. Dans le recueil de ces mémoires, t. XXVIII.

passé : c'est une conception nouvelle de notre époque.

C'est que, ainsi que le fait remarquer M. Aubry (1), « il y a dans la pensée et dans la vie des peuples deux grandes tendances contraires, aussi essentielles, d'ailleurs, l'une que l'autre : la tendance particulariste ou patriotique, la tendance humanitaire ou cosmopolite. » Pendant que l'une « les pousse à se rapprocher les uns des autres, à faciliter entre eux tous les échanges et même toutes les libéralités, à s'associer en vue de leurs intérêts communs, en considérant l'union de plus en plus complète comme leur idéal », l'autre « les incline à se resserrer sur eux-mêmes », à vivre et à lutter pour la patrie avant de s'intéresser à l'humanité (2).

Les législations, à l'heure actuelle, se font l'écho de ces tendances contraires, surtout de la tendance parti-

---

(1) M. AUBRY, ouv. cit., p. 59.

(2) A ce sujet, LE BON : « *Application de la psychologie à la classification des races.* » *Revue philosophique*, 1886, t. II, p. 597 et suiv. AUERBACH. Les races et ses nationalités en Autriche-Hongrie, Paris, Alcan, 1898, p. 10 et 131. JHERING. Ouv. cité, t. I, p. 7. LABOULAYE sur Montesquieu, ouv. cité, p. 170. Dr Auguste MATTEUZI. « Les facteurs de l'évolution des peuples ou l'influence du milieu physique et tellurique et de l'hérédité des caractères acquis dans l'évolution et la dissolution des peuples. Traduit de l'italien, par M. de GAMOND, Paris, Alcan, 1900. » Au point de vue physique le Dr MATTEUZI : fait des remarques intéressantes sur les contrastes frappants qui existent entre les hommes du Nord et ceux du Midi ; au point de vue tellurique il donne des exemples d'influence géographique : en Egypte (Le Nil) ; en Babylonie (Le Tigre et l'Euphrate) ; dans les Indes (Le Gange), etc...

culariste. S'il y a aujourd'hui, dans l'humanité civilisée, un courant international et des tendances communes, il y a encore, au point de vue juridique, des diversités considérables de fond et de forme. Le mot de Pascal est toujours vrai : vérité en deçà des Pyrénées ; erreur au delà.

La différence des principes et des théories n'est d'ailleurs que la conséquence de l'histoire, du tempérament et du caractère des peuples (1), du climat de leurs pays, etc..., de tous les éléments primordiaux qui constituent leur race et leur esprit (2).

Aussi doit-on étudier avec soin ces éléments eux-mêmes, au point de vue de la possibilité de réalisation d'un droit commun législatif, puisque ce sont ceux qui agissent sur les législations.

Pour les mêmes raisons, les conceptions juridiques des jurisconsultes contemporains dépendent, en partie au moins, de la façon dont ils les envisagent.

---

(1) La *Revue de Synthèse historique*, dans son numéro de février 1902, a posé la question suivante : « quels sont les éléments scientifiques qu'une étude locale apporte à la définition de ce mot : le Français ? » M. TURGEON a étudié d'une façon fort intéressante le *Féminisme français*, 2 vol., Rennes, imp. Simon.

(2) Notamment : « Le mariage religieux et le mariage civil dans les principales législations de l'Europe. » E. GLASSON, *Revue de Lég. anc. et mod.*, 1875, p. 312, 419, 459, 531. *Législation comparée des droits du conjoint survivant.* BOISSONADE, même *Revue*, 1873, p. 261.

Les conceptions de M. Saleilles et de M. Lambert qui se rapprochent en certains points, s'éloignent parce qu'ils estiment : l'un, que la société d'aujourd'hui est ou doit être plutôt nationale ; l'autre, qu'elle doit être plutôt internationale (1).

---

(1) M. SALEILLES expose bien « qu'il convient de concourir à la formation d'un droit commun de l'humanité civilisée » (Rapport, p. 11) ; mais si le but à atteindre paraît identique à celui que poursuit M. Lambert, il diffère essentiellement cependant par les moyens de l'atteindre, par la vitesse avec laquelle il convient de l'atteindre, et surtout par l'étendue qu'il convient de donner à ce droit commun.

M. Saleilles le cherche par l'idéal relatif, M. Lambert par le rapprochement des institutions juridiques.

Le moyen le plus rapide d'arriver à déterminer ce droit commun est incontestablement celui de M. Lambert ; quand le travail qu'il prépare sera élaboré, on connaîtra d'abord tous les points communs qui existent à l'heure actuelle dans les diverses législations et dont beaucoup doivent être inconnus ; on connaîtra les principes communs, les tendances communes ; les divergences qui n'ont d'autres causes que des fatalités historiques, seront notées et on réclamera leur disparition ; on s'efforcera de distinguer le préjugé national de l'esprit national, pour aplanir d'autres obstacles. Le désir de réaliser un droit commun ne fera considérer sans doute, comme essentielles, qu'un petit nombre de difficultés.

Il en va tout autrement dans la conception de M. Saleilles. La détermination de l'idéal relatif qu'il cherche à découvrir sera très délicate par suite des éléments complexes qui servent à le former. A supposer qu'on soit d'accord sur cet idéal, il faudra le faire adopter par les législations les unes après les autres, c'est-à-dire qu'il faudra le faire passer par la porte assez étroite du droit accessoire ; encore la conception juridique universelle pourra-t-elle se traduire dans les

La question revient ainsi à celle de savoir si, dans l'état actuel de la vie sociale, chaque pays doit travailler à s'adapter le plus vite possible les institutions juridiques des législations voisines qu'aucun obstacle irréductible ne sépare de la sienne et s'il faut souhaiter l'avénement plus ou moins prochain d'un droit commun législatif. Ce droit est-il antisocial ? Est-ce une chimère (1)? ou au contraire, est-il désirable?

A notre avis, un droit commun législatif est possible et même désirable dans la mesure où la vie sociale est internationale. Le droit doit se plier aux faits et l'adapter à la vie. Il n'est que la conséquence des besoins des

---

différents pays par des formes diverses. Dans ces conditions, le droit national restera toujours au premier plan.

Telles sont les conséquences du système de M. Saleilles et ce sont bien celles qu'il désire. S'il ne veut pas une fusion plus rapide et plus complète des diverses législations, c'est qu'il ne la croit pas possible dans l'état actuel de la vie sociale ; c'est qu'il la croit même préjudiciable à l'évolution du droit. « Il ne faudrait pas croire, dit-il, que l'on rêvât pour l'avenir d'un droit unique et toujours le même pour tous les peuples ; loin de nous ces utopies et ces méconnaissances de la réalité. Partout où il y a unité forcée, il y a immobilisation et arrêt dans le progrès ; la diversité est faite de la vie et la concurrence est la loi de la vie. » (*Journal* du 11 août, p. 6.) Ce sont des arguments de nationalisme. Il dit encore : « Il ne faut pas « avoir une fureur d'imitation inconsidérée » à l'égard des nouveautés qui se produisent ; il faut laisser le temps faire son œuvre et l'expérience porter ses fruits. »

(1) Rapport de M. Weiss, p. 4.

sociétés et son but est de les satisfaire ; c'est surtout parce que ces besoins varient et se modifient avec l'évolution économique que le droit varie et se modifie aussi dans le temps et dans l'espace. Il faut donc à une vie internationale, une législation internationale et à une vie nationale, une législation nationale. C'est ce critérium qui devra servir à dicter, pour chaque institution séparée, les conclusions qui devront être prises, c'est-à-dire que nous revenons toujours au même point de départ. Quand nous disons que la législation doit être internationale, dans la mesure où la vie est ou doit être internationale, nous ne faisons que reculer la question véritable : car celle-ci est justement de savoir dans quelle mesure la vie doit ou est être internationale. Aussi bien nous devrions l'envisager à un double point de vue qui répondrait à ces deux demandes : Dans quelle mesure la vie est-elle internationale ? Dans quelle mesure la vie doit-elle être internationale ?

Nous ne dirons rien de plus sur le premier point que nous avons déjà effleuré.

En ce qui concerne le second, nous estimons que la vie doit être internationale dans la mesure où l'intérêt des individus la réclame. Cette mesure est d'ailleurs variable et complexe. Elle est variable en soi par les éléments qui la composent et qui tiennent aux différentes situations des individus : situations iudustrielles, agricoles, commerciales, ou au contraire situations libé-

rales, situations administratives, etc., situations fixes ou situations qui obligent ou qui permettent de voyager en tout pays et d'y passer des actes et des contrats civils ou commerciaux. Elle l'est et elle est complexe en ce qu'elle dépend pour les uns des découvertes scientifiques qui modifient la nature de leurs entreprises, leur rapidité, leur fréquence, leur étendue..., pour d'autres de la richesse du sol, de la situation économique de chaque pays..., pour tous plus ou moins de la puissance du gouvernement.

Ainsi les conclusions peuvent varier pour des classes particulières de personnes, partant pour des catégories spéciales de droit : mais le point de départ est toujours le même : c'est l'intérêt des individus (1).

Nous allons donner quelques applications de ces idées générales en droit commercial, en droit civil, en droit criminel et en droit international privé. Le droit commun législatif ne peut exister en droit public.

---

(1) M. AUBRY, op. cit., p. 60, fait remarquer que « cet intérêt bien compris coïncide le plus souvent avec celui de la société universelle, parce qu'en voulant se séparer de celle-ci, les individus, comme les nations, se détourneraient des sources mêmes de la vie ». Ils ne trouvent point avantage « à suivre la pente naturelle de leur égoïsme. »

CHAPITRE II

APPLICATION DU DROIT COMMUN LÉGISLATIF EXTERNE

Nous n'étudierons le droit commun législatif qu'en droit privé. En ce qui concerne le droit public, M. Lambert reconnaît qu'un droit commun est impossible ; à ce sujet, il n'y a pas de rapprochement à faire entre ce droit et le droit privé. M. Larnaude qui souhaite cette unification et en indique les avantages (1), se hâte de dire que c'est un rêve. L'idéal, pour ne pas s'aventurer dans les conceptions de pure imagination, doit s'appuyer sur les faits, être d'accord avec la vie.

Tout ce qu'on peut dire, en droit public, c'est que des tendances se manifestent parfois dans tel ou tel sens sur un point déterminé (2). Ces tendances se dégagent des faits de chaque jour (3). Elles peuvent être sensiblement

---

(1) Rapport cité de M. LARNAUDE, p. 16.

(2) Voir l'étude de M. LARNAUDE dans le *Bulletin de la Soc. de Lég. comparée* de mars 1902 sur « les garanties des particuliers contre les Chambres aux Etats-Unis », surtout p. 215-216.

(3) Personne en théorie ne préconise plus la guerre. En fait la plupart de ses effets ont disparu : l'esclavage, le pillage... Avec la Croix-Rouge on voit soigner les blessés et il a été particulièrement touchant de voir l'an dernier Henry DUMANT obtenir un des prix Nobel. La guerre ne devient-elle pas moins raisonnable quand la plupart de ses effets disparaissent ? Voir cependant : « La guerre, ses lois, son influence civilisatrice, sa perpétuité », par P. MABILLE, Paris, Fourneau,

les mêmes, car les faits eux-mêmes concordent souvent. Les revendications des ouvriers et du commerce, les luttes des classes se manifestent dans tout pays. C'est une conséquence du même état économique et social, des conditions de vie assez semblables qui entraînent et provoquent les mêmes conséquences politiques. Les mêmes causes, découvertes scientifiques et industrielles, développement des mœurs, influence de l'argent, mouvements de presse, produisent partout les mêmes effets. Aujourd'hui, on discute les questions de suffrage, de représentation, d'impôt, d'enseignement, de service militaire... Il est possible que des nations à peu près semblables de culture et de civilisation, s'inspirent des tendances voisines. En fait, la section de droit public, au Congrès international, s'est accordée sur la définition du régime parlementaire (1); elle a manifesté

1884. Indication d'autres tendances communes dans le rapport de M. Larnaude, p. 14.

(1) Voir : le rapport présenté au Congrès par M. de Savornin-Lohman : Le gouvernement parlementaire dans les Pays-Bas. *Bulletin de la Soc. de Lég. comparée*, 1900, p. 578.

Le rapport de M. L. Dupriez : Le gouvernement parlementaire en Belgique. Même *Bulletin*, p. 604.

Le rapport de M. le Vte Combes de Lestrade : Le gouvernement parlementaire, ses transformations et son fonctionnement dans les divers pays. La théorie du régime parlementaire telle qu'elle se dégage de l'évolution comparative des institutions. Même *Bulletin*, p. 586.

une unanimité de sentiments, au point de vue de la représentation proportionnelle qui est précieuse à noter, surtout lorsqu'on compare la théorie à la pratique (1).

M. Larnaude estime également qu'il n'est pas bon d'être isolé au point de vue de la législation publique, sociale, financière et économique.

Mais il n'y a pas là matière à un droit commun législatif ; c'est à peine même si l'on peut encourager l'étude du droit public accessoire. La seule utilité vraiment importante et universelle du droit public est sa vertu éducatrice. Il est merveilleusement instructif parce que « les choses de notre pays nous frappent moins que celles que nous observons à l'étranger (2) » ; parce que nous nous posons plus de questions devant des choses qui, nouvelles et inédites, nous étonnent ; parce que nous saisissons peut-être mieux que le nôtre le génie des peuples étrangers, sur lequel des sentiments divers, à commencer par l'orgueil national, ne nous aveuglent

---

(1) Voir : le rapport de M. VERNES : La représentation proportionnelle : ses progrès, ses résultats dans les différents pays. Même *Bulletin*, p. 630, et *Journal du Congrès* du 4 août 1900, p. 5 et 6. « M. DESLANDRES est fier de constater que, dans un Congrès composé de nationaux de presque tous les pays, il ne s'est trouvé personne pour s'opposer au principe même de l'adaption de la représentation proportionnelle. »

M. TARDE proposa (p. 3) de donner au père de famille une voix par enfant.

(2) Rapport cité de M. DESLANDRES, *in fine*.

pas, peut-être aussi parce que « le caractère des travaux qui portent sur le droit public est plus généralisateur que celui des travaux qui portent sur le droit privé (1) ».

C'est un point de vue différent du nôtre.

SECTION 1

Le droit comparé législatif en matière de droit commercial et industriel

La diversité de législations est moins grande en droit commercial qu'en droit civil. C'est que le commerce satisfait à des besoins communs qui existent partout indépendamment des institutions, des mœurs et des religions. Il est la conséquence du développement économique ; c'est lui qui l'a créé ; c'est lui qui le modifie. Jhering dit très justement que le droit (commercial) est comme le lit, dans lequel, semblable à un fleuve, ce développement économique suit son cours ; le lit s'élargit et s'étend suivant les besoins de chaque époque (2). Nous allons le démontrer par un rapide exposé de l'évolution du commerce dans l'histoire universelle des législations des pays civilisés.

Dans l'antiquité, l'industrie est familiale. La famille se suffit à elle-même avec ses serviteurs et ses esclaves.

---

(1) Rapport de M. LARNAUDE, p. 4.

(2) VON JHERING. Ouv. cit., t. III, p. 119.

Pas d'échange, partant pas de commerce. Puis, l'industrie devient domaniale. A l'époque franque, l'unité économique est le grand domaine foncier qui est aussi condamné à l'isolement. Il y a des échanges entre les divers membres du domaine ; mais ils sont restreints et rudimentaires. La vie est dure et les besoins peu développés. Il n'y a de commerce que dans son territoire. L'échange a lieu à la foire qui est le lieu d'origine du droit commercial.

Bientôt les villes qui, à l'époque franque, avaient une place secondaire en acquérent une prépondérante. Le nombre des habitants augmente et les maisons se construisent. Les champs qui se trouvent au milieu de la ville diminuent peu à peu (1). Le commerce et l'industrie se développent. L'habitant de la ville n'est plus à la fois cultivateur et artisan ; il est simplement artisan. Il y a division du travail. La classe commerçante s'associe pour se protéger et forme les corporations. Le mouvement a lieu dans tout le centre de l'Europe. En Allemagne et en Flandre, les réglementations sont particulièrement rigoureuses.

Sous ce régime nouveau, on élabore des doctrines juridiques, fausses d'ailleurs, sur le juste prix et sur l'intérêt. Il y a un essai de droit commercial.

---

(1) Dans les villes peu avancées, il y a encore de véritables champs et d'immenses jardins de culture.

Au XVIe siècle, l'industrie des manufactures remplace l'industrie corporative. L'invention des machines a modifié la vie (1). En même temps les moyens de transport sont plus praticables ; il y a des routes. Le nouvel état économique amène un état juridique nouveau. En France, Colbert élaborera un code de commerce.

Aujourd'hui, l'industrie est bouleversée par les inventions modernes (2). Elles ont créé les grandes entreprises et le grand commerce (3). La production sera immense. Elle aura besoin de crédit.

Cette nécessité du crédit modifie toute la législation. Le commerce des capitaux devient considérable et crée les établissements de crédit, les compagnies d'assurances, les bourses de travail. En 1820, on ne comptait que trois ou quatre valeurs industrielles. De 1870 à 1893, il a été créé seize milliards d'actions et d'obligations (4).

---

(1) On connait le mot des frères BOSNY : « L'homme s'est fait dieu en créant la locomotive et la dynamo, deux êtres organisés dont le mécanicien n'est que l'encéphale volontaire. »

(2) Histoire de la grande industrie en France aux XVIIe et XVIIIe siècles par M. Albert DES CILLEULS. Livre analysé dans la *Revue critique de lég. et de jurisp.*, 1898, p. 525, et aussi : « La grande industrie en France, sous le règne de Louis XV. » Paris, 1900, par Germain MARTIN.

(3) Dans le commerce de produit, les industries manufacturières sont très avancées, notamment l'industrie extractive de la houille, l'imprimerie, la fabrication des machines, outils, le coton, etc...

Le commerce possède le grand magasin de détail, le grand bazar notamment.

(4) Ce sont les chiffres de la statistique.

En dehors de cette considération, le besoin de crédit a fait autoriser dans tous les pays le prêt à intérêt; il a créé la vente à terme qui est aujourd'hui très développée et diversifiée dans les combinaisons du prêt à court terme (warrants, avances sur titres, reports...) et du prêt à long terme (obligations, actions...); ces divers titres se sont mobilisés au point de devenir de vraies monnaies, négociables comme des billets de banque. A côté des sociétés en nom collectif et en commandite par intérêt qui existaient seules auparavant, on vit apparaître les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes dont quelques-unes sont considérables. Le crédit a encore créé les sociétés à capital variable et les coopératives de consommation, de crédit et de production ; les coopératives de consommation sont extrêmement développées en Angleterre et les coopératives de crédit en Allemagne. On le voit, la grande industrie a bouleversé le droit commercial.

Elle avait besoin de grands capitaux et elle a créé les sociétés anonymes. Elle avait besoin d'avances et elle a créé la vente à terme. Elle devait donner des garanties aux prêteurs et elle réorganise le gage (Loi de 1863, en France), invente les warrants, modifie le régime de la faillite, permet aussi l'hypothèque des fonds de commerce. Elle devait donner des garanties aux ouvriers ; elle crée un droit ouvrier.

En même temps qu'elle a besoin de crédit, elle a

besoin de célérité. Les bourses s'organisent ; les règlements s'opèrent en papiers de banques et aussi par compensation, virements et comptes courants.

L'évolution économique a eu lieu dans tous les pays. Elle a rendu le grand commerce international. « La Terre est un immense et unique marché, dont les cours sont publiés à la même heure sur un cadran lumineux, où le monde entier les lit en même temps ». D'autre part, chaque maison importante a des représentants à l'étranger ; elle vend en tout pays ; c'est une question de vie pour elle.

En thèse, ainsi que nous l'avons fait remarquer, la législation commerciale devrait être internationale dans la mesure où la vie commerciale est internationale.

En réalité il n'en est pas ainsi. Nous avons constaté que les législations, par suite des imitations qu'elles avaient réalisées, avaient moins de différences particulières que de différences de groupes. Nous allons examiner si ces différences sont irréductibles entre le groupe latin et le groupe allemand.

Ces deux groupes se distinguent surtout par les conceptions contraires qu'ils ont en matière de faillite, de registres de commerce et d'effets de commerce.

En ce qui concerne la faillite, elle ne s'applique dans le groupe latin qu'aux commerçants. Les Allemands et

les législations qui les imitent (1) l'appliquent même aux non commerçants (2). C'est un point acquis de la théorie qui préconise la fusion du droit civil et du droit commercial (3).

L'innovation est possible et tout ce qu'il y a de plus facile à réaliser. Il suffirait aux législateurs de décider que la faillite s'appliquera en droit civil.

Est-elle désirable ? M. de la Grasserie le pense. Avec la faillite, dit-il, plus de privilège injuste (4). La procédure est collective et frappe d'indisponibilité tous les biens du débiteur au profit de tous les créanciers (5). Elle empêche la fraude. Elle permet de vendre au moment opportun (6). C'est le crédit qui a créé la faillite et la liquidation judiciaire. Le droit civil a besoin de crédit tout comme le droit commercial.

Si on l'appliquait on se conformerait aux dispositions

---

(1) Le groupe allemand a été imité par l'Angleterre en matière de faillite.

(2) Voir à ce sujet les études de M. THALLER sur « les faillites en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillites en droit international, 2 vol. Paris, 1887, A. ROUSSEAU », et l'étude de Richard BROWN sur la « législation comparée des faillites » dans *the journal of the society of comparative legislation*, 1898.

(3) La fusion complète existe déjà en Suisse.

(4) M. DE LA GRASSERIE. De l'exécution civile préalable d'après les législations étrangères : *Bull. de la Société de Législation comparée*, 1898 à 1899, p. 498.

(5) *Id.*, p. 513.

(6) *Id.*, p. 518.

de la législation mère. La faillite est issue, en effet, de la *bonorum venditio* et de la *bonorum distractio* du droit romain qui s'appliquaient en matière civile.

En ce qui concerne le registre de commerce, son adoption par le groupe latin ne serait pas aussi simple que l'adoption de la faillite. Il modifierait la base même du droit commercial.

En France, le droit commercial s'applique à certaines catégories d'actes qui méritent, dans la pensée du législateur, une législation à part, par suite de leurs caractères d'actes de spéculation, de circulation, ou de crédit. En Allemagne, le droit commercial avec le registre de commerce s'applique à une certaine catégorie de personnes; on connaitra les commerçants en allant consulter le registre de commerce où ils se sont fait inscrire(1). Il faut noter que les Allemands sont revenus à l'ancienne règle. Au Moyen âge, le droit commercial s'appliquait aux seuls commerçants. L'Allemagne a une richesse de registres qu'il convient de remarquer : la publicité est incomparablement mieux faite que chez nous : avec le registre de commerce comme avec les registres fonciers. Il conviendrait de rechercher s'il n'y a pas là toutefois une simple supériorité de méthode. En Allemagne, à la différence de ce qui se passe en

(1) Voir dans le *Bulletin de la Société de Lég. comparée*, février et mai 1902, une étude et une discussion sur le registre de commerce.

Suisse, il n'y a que certaines catégories de personnes qui peuvent se faire inscrire sur les registres. Il faut remarquer qu'en fait, la compréhension française se rapproche beaucoup de celle du groupe voisin. Il suffirait par exemple au législateur de dire que les spéculations immobilières seront comme les spéculations mobilières des actes de commerce ; que le billet à ordre sera un ordre de commerce au même titre que la lettre de change ; que les assurances mutuelles seront commerciales comme les assurances à prime, etc. Ces modifications sont d'ailleurs réalisées déjà dans des législations qui forment pourtant partie de notre groupe : en Italie notamment.

Reste la lettre de change. Nous avons à ce sujet une étude de M. Thaller dont nous indiquerons les idées principales (1).

Aucun titre n'a une nature cosmopolite plus caractérisée que l'effet de commerce. Malgré celà « il possède actuellement en Europe trois types législatifs, deux si l'on s'en tient au continent, qui reposent sur des notions absolument dissemblables ».

Entre le système allemand et le système français, règne une opposition qui semble d'abord irréductible ; l'opposition s'est étendue du groupe germanique au

---

(1) Rapport de M. THALLER au *Bulletin de la Société de Lég. comp.*, 1901, p. 792 et suiv.

groupe latin avec cette différence que les Italiens ont suivi les théories du groupe germanique.

Trois tentatives sérieuses d'unifier le droit des lettres de change ont été faites en Europe. La première, de 1876 à 1878, par la Société anglaise pour la réforme et la codification du droit des gens; la seconde, en 1883, par l'Institut de droit international, réuni alors à Munich; la troisième, quelques jours après, par le Congrès international de droit comparé, à Anvers. On ne put s'entendre.

Aussi une lettre de change endossée d'un état sur un autre état est à tout instant « tiraillée par les deux législations qui prennent barre » sur elle (1).

Les Allemands partent de cette idée que pour la naissance de l'obligation une entente de volontés, un contrat, n'est pas nécessaire; que l'obligation de change est parfaite par la confection de l'écrit. L'émetteur du papier est seul créateur du « *nomen* »; lui seul infirme au papier sa valeur. C'est seulement par son efficacité que le papier doit tomber aux mains d'un autre que le débiteur.

En théorie, la déclaration unilatérale de volonté donne à la lettre de change sa force obligatoire (2).

Dans notre droit français, au contraire, la lettre de

(1) Exemples de difficultés. Rapport de M. THALLER, p. 792, au *Bulletin de Lég. comp.* de 1901.

(2) Voir à ce sujet l'étude de M. René GUIHAIRE sur l'obligation au porteur, dans sa thèse citée, p. 239 et suiv.

change ne peut exister que pour constater une obligation préexistante, douée des attributs du droit commun. La lettre de change « enferme une dette dans un effet de commerce, en lui conservant ses racines dans la convention d'où elle procède. » La dette n'est point absorbée par le titre ; celui-ci, cependant, par suite du mécanisme de l'acceptation ou de l'endossement, paralyse, en partie, les moyens de rescision ou de résiliation ; il facilite les paiements. Mais l'obligation initiale n'en persévère pas moins. « Elle sert à mieux témoigner les rapports entre signataires et les droits du porteur. »

Malgré ces différences de théorie y a-t-il des ententes de possibles ?

Il en est d'indiquées dans les travaux de la section, relevés au *Journal du Congrès* des 3 et 4 août 1900, et surtout dans le remarquable rapport de M. Thaller.

Il faut distinguer aux points de vue de la forme de la lettre de change, de la mention à ordre, de la perte de l'effet, de la notification du protêt, de la capacité, du faux et de la provision.

En ce qui concerne la forme de la lettre de change, la section émit le vœu qu'elle contînt seulement les mentions nécessaires d'après sa matière, conformément au système anglais (1). M. Thaller est aussi d'avis, que,

---

(1) *Journal du Congrès int. de Droit comparé,* 4 août 1900, p. 3. Présidence de M. Barclay ; M. Percerou, secrétaire-rapporteur.

conformément aux dispositions allemandes, elle ne contienne pas la mention de la valeur fournie (1). L'accord est donc possible sur ce point.

Il l'est également en ce qui concerne la clause à ordre (2). La section, après les observations de M. Lyon-Caen, admet la lettre de change au porteur. M. Thaller admet de simplifier en la forme l'endossement qui vaudra transport par la seule signature en blanc.

Il l'est encore au point de vue de la question relative à la perte de la lettre de change : les résultats importent peu aux deux théories. Puisqu'on admet, dans les deux législations, que le refus de paiement ou d'acceptation, doit se constater par un protêt, on peut s'entendre au sujet de sa notification (3) ; de même peut-on le faire sur la question délicate de savoir si la capacité doit se régler par la loi nationale du signataire ou la loi du pays où la signature est apposée.

M. Thaller accepte, contrairement à la jurisprudence française et conformément à la doctrine allemande, que

(1) Par contre, les Allemands exigent la mention : « lettre de change. » M. Thaller n'y met pas d'opposition, tout en constatant qu'à Anvers, en 1885, on avait été plus libéral.

(2) La clause à ordre n'existe pas en Angleterre et en Écosse. Elle a été défendue au Congrès par M. Giannini.

(3) La clause « retour sans frais » serait valable.

la lettre de change pourra se former, même si un faux est commis dans son émission (1).

La section donne enfin son avis sur la question de défaut ou d'insuffisance de timbre et sur celle des délais de grâce.

Dans tous ces cas, les convenances pratiques sont les seuls facteurs de la solution à conseiller.

La question qui touche la provision semble, au contraire, beaucoup plus irréductible. Les Allemands s'enferment dans la doctrine de l'instrument purement formel. La jurisprudence française veut, au contraire, à la base de l'effet de commerce, une opération loyale et réelle. La section ne croit pas d'entente possible (2). M. Thaller n'est pas de cet avis. Il commence par faire le procès de la théorie de l'obligation abstraite, qui est trop étroite et qui gêne les Allemands (3). Puis il constate que la provision existera toujours, qu'on l'étudie à l'occasion de l'effet de commerce ou de la cession de créances ; c'est une question de méthode. Et même, au risque de soutenir un paradoxe, il estime que le droit civil allemand serait mieux en mesure d'accueillir le transport de provision que ne l'est le droit français (4).

---

(1) Rapp. cité, p. 799.
(2) *Journal du Congrès* du 3 août, p. 2.
(3) Rapport cité, p. 802.
(4) Rapport cité, p. 802 et 803.

Ainsi est-il permis de penser, que si les Allemands admettaient la même manière de voir que M. Thaller, il serait possible d'unifier la lettre de change.

Ce serait très souhaitable étant donné le caractère international de l'effet de commerce.

D'après ce que nous venons de voir, il ne paraît pas impossible d'entrevoir dans l'avenir l'unification du droit commercial. On établira sans doute législativement l'uniformité qui existait à peu près quand le droit commercial était coutumier. MM. Lyon-Caen et Renault (1) constatent que les lois commerciales tendent à se rapprocher de plus en plus les unes des autres.

Il y a déjà eu des essais d'unification internationale. M. Saleilles a montré comment M. Straffa a essayé de « fusionner entre elles les manières diverses d'apprécier les institutions usitées dans les différents pays », notamment au sujet de la nature des sociétés en liquidation (2).

D'un autre côté, M. Jitta a proposé une codification internationale de la faillite (3). Il s'est efforcé de donner

---

(1) *Traité de Droit commercial*, t. I, p. 36.

(2) M. SALEILLES. Art. cité des *Annales de Droit commercial*, 1891, p. 224. Le livre de M. STRAFFA est intitulé : *La Liquidazione delle Società Commerciali* (Firenze. G. Pellas, 1891).

(3) *La Codification du droit international de la faillite*, par M. J. JITTA, professeur à l'Université d'Amsterdam. Analysé dans la *Revue critique de Législation*, 1895, p. 538, par M. H. PRUD'HOMME.

une solution complète de la question dans deux avant-projets très développés : l'un contenant les dispositions de droit international à insérer dans les lois nationales de chaque peuple (1) ; l'autre, les dispositions destinées à faire l'objet d'un traité international, constituant une union judiciaire en matière de faillite. Il donne donc une loi type et un traité type qui pourront servir le jour où ce projet se verrait réaliser (2).

Aujourd'hui la principale unification internationale qui existe, à notre connaissance, en droit commercial, est celle du transport international des marchandises par chemins de fer, due à la convention de 1890.

SECTION II

Le Droit comparé législatif en matière de Droit civil et de Procédure

Si nous constatons ce qui existe, nous remarquons une grande diversité de législations. M. Weiss, qui a été mieux à même que personne d'apprécier le droit

(1) Il comprend 63 articles.

(2) En ce qui concerne le droit industriel, on a proposé d'organiser un Syndicat international des patrons, avec un minimum de salaire pour l'ouvrier. Cette idée ingénieuse pourrait avoir, si elle se réalisait, des résultats importants au point de vue politique et au point de vue législatif.

étranger par suite des études qu'il a entreprises (1), constate dans le rapport qu'il a présenté au Congrès (2), que les lois civiles « sont loin d'être identiques ; elles donnent, dit-il, au même problème, ici et là, des solutions dont la variété est infinie ; elles mettent en œuvre les principes les plus opposés ; la carte législative du monde est plus bigarrée encore que sa carte politique. »

Si nous réfléchissons, nous constatons d'une part l'identité de rapports sociaux, d'autre part les influences diverses que les lois civiles ont reçues et qu'elles reçoivent. Partout où il y a des hommes vivant à l'état social, dit encore M. Weiss, les nécessités qui sont inhérentes à leur nature ont fait édicter certaines règles destinées à leur procurer satisfaction ; partout, il a fallu organiser la famille, assurer la protection des incapables, fixer le régime de la propriété, asseoir le crédit ; aucune société, aucune civilisation, si imparfaite, si rudimentaire qu'elle soit, ne peut se soustraire à cette loi universelle comme le besoin auquel elle répond ; il y a toujours eu des lois civiles et il y en aura toujours. « Mais, par ailleurs, les lois civiles reçoivent l'influence des mœurs, de l'organisation politique, de la reli-

---

(1) M. Weiss est l'auteur du *Traité théorique et pratique de Droit international privé* que nous avons déjà cité.

(2) *Rôle, fonction et méthode du Droit comparé dans le domaine du Droit civil.*

gion ; elles sont soumises aussi à l'influence de l'économie politique, c'est-à-dire du crédit, de l'évolution économique (1), etc. Elles ont subi des formations historiques différentes. C'est ce qui explique leur diversité et ce qui fait qu'on ne peut résoudre à priori, les questions relatives à l'application du droit comparé législatif, tant il entre d'éléments divers dans chacune d'elles.

Dans son rapport général sur les travaux du Congrès, M. Saleilles n'entre pas dans ces détails. Il constate simplement que toutes les lois qui s'élaborent, loin d'être le produit isolé d'un mouvement personnel parallèle, sortiront, comme autant de sources autonomes, d'un fond commun de doctrine et seront la résultante d'une doctrine scientifique à tendance universelle ; qu'il sera impossible de s'isoler dans l'interprétation de cette élaboration scientifique commune et que c'est encore en

---

(1) M. Hubert VALLEROUX en donne un exemple intéressant dans une note relative à une loi anglaise sur les accidents du travail, *Bull. de Lég. comp.*, 1900-1901, p. 216. Il constate que nous avons en France une loi qui est générale pour les ouvriers de l'industrie, et qui ne s'applique pas aux salariés agricoles, tandis que les Anglais ont l'inverse (loi de 1897) ; et il explique que la différence dans la législation vient de la différence qui existe entre la situation économique des deux peuples. Chez nous dominent la moyenne et la petite propriété ; en Angleterre, la grande propriété et la grande culture sont l'ordinaire ; les fermiers sont des entrepreneurs, et les ouvriers agricoles des ouvriers industriels véritables. La loi a été faite pour cette situation ordinaire.

s'inspirant d'une évolution scientifique libre et indépendante que ces lois devront s'entendre et s'appliquer. Le travail de la doctrine consistera à faire apparaître les réformes vraies, à côté des réformes apparentes et fictives que présentent parfois les réformes légales; il consistera à découvrir les institutions qui sont mûres pour les essais de rapprochement et à montrer, au contraire, l'individualité propre et traditionnelle de celles qui résistent à toutes tendances de ce genre (1).

Si nous voulions être plus précis, il faudrait, croyons-nous, distinguer la matière des obligations, celle des biens et celle des personnes.

S'agit-il (2) des contrats, des obligations, des sûretés personnelles et réelles, des modes même de transfert de la propriété et encore du régime de celle-ci, de tout ce qui touche aux intérêts purement pécuniaires, une sorte de cosmopolitisme juridique, peut facilement s'établir.

Il ne s'agit là de réglementer que notre activité extérieure; si jadis, grâce à l'étroitesse et à l'exclusivisme des groupes sociaux, le tempérament national a pu être tellement accentué, qu'il lui fallait un droit national dans toutes ses parties, aujourd'hui, avec le demi internationalisme qui est le régime de nos relations d'affaires, notre tempérament s'est comme dénationalisé en

---

(1) Rapport de M. SALEILLES. *Journal du Congrès*, du 11 août, p. 7.

(2) Rapport cité de M. DESLANDRES, p. 4 et 5.

ce qui concerne l'exercice de cette activité externe. Il faut ajouter que des raisons historiques soutiennent ces raisons pysochologiques. D'une part l'évolution économique de la propriété en Europe, nous l'avons vu, s'est développée sensiblement partout suivant les mêmes règles ; d'autre part, en ce qui concerne les obligations, les législations modernes ont emprunté au droit romain la plupart de ses théories.

Dans la matière des personnes, nous distinguerons les questions relatives à leur vie intime et celles, au contraire, qui auraient plutôt un caractère social.

Pour les questions relatives à la vie intime, les rapports de filiation, de mariage, de succession..., les emprunts deviennent infiniment plus difficiles.

Réglementer la vie intime d'un peuple, c'est-à-dire ses sentiments, son caractère, c'est réglementer le tempérament national « qui est irréductible à tout internationalisme législatif» (1). Pourtant, c'est au régime successoral que M. Lambert consacre la première série de ses études de droit commun législatif. Il analyse les théories des successions *ab intestat*, testamentaires et contractuelles. Le tome Ier doit comprendre : la dévolution des successions, les rapports entre les divers modes de dévolution, la dévolution *ab intestat* et la réserve

---

(1) Rapport de M. DESLANDRES, p. 5.

(1). M. Lambert démontrera peut-être que la théorie des successions n'est pas aussi rebelle qu'on le croit à l'adoption de certaines règles communes.

Les questions de personne qui présentent un caractère social, semblent devoir s'uniformiser plus facilement. « Les lois sur la protection des enfants maltraités ou abandonnés, toute la législation ouvrière s'inspirent des mêmes préoccupations, du même esprit, et aboutissent, dans toute l'Europe, à des résultats à peu près identiques. « On sent également que la notion de l'obligation s'élargit : ce qui était œuvre de charité devient obligation légale » (2).

Toutes ces indications générales devront être complétées par des faits et des exemples. Voici les résultats des travaux entrepris par la section de Droit civil au Congrès.

Le Congrès international traita successivement deux questions à ce sujet, celle de la personnalité civile et de son application aux associations, établissements et fondations, et celle du régime matrimonial de droit commun.

La section, présidée par M. Bétolaud, après le rapport

---

(1) *Études de Droit commun législatif ou de Droit civil comparé*, par M. E. LAMBERT, t. I (sous presse), chez Giard et Brière.

(2) *Morale sociale*, par M. GIDE, Paris, Alcan, 1899, dans le chapitre intitulé : « Justice et Charité », p. 214.

de M. Hubert Valleroux et des échanges d'observation entre ses membres, exprima unanimement sa préférence pour les régimes de pleine liberté pour l'acquisition de la personnalité, tels que le système suisse. Elle estima que, seul, le système suisse était libéral (1).

La section fut également unanime à se prononcer en faveur d'un régime légal matrimonal et à en reconnaître l'utilité ; mais elle ne semble pas s'être mise d'accord sur la question de savoir s'il doit y avoir unité ou pluralité de régimes matrimoniaux légaux. Elle se sépara en émettant le vœu que « la Société de Législation comparée étudie, dans les divers pays, des résultats pratiques engendrés par les régimes matrimoniaux légaux » (2).

A un autre point de vue, on pourrait se demander s'il serait plus facile d'uniformiser les règles de fond ou les règles de forme.

M. Lambert estime qu'un accord s'obtiendrait plus aisément pour les règles de forme, en ce qu'elles ont, sans doute, moins d'importance que les règles de fond ; chacun devrait consentir plus volontiers une concession

---

(1) *Journal* du 2 août 1900, p. 5 et 6 ; *Journal* du 3 août, p. 2 et 3. Parmi les membres qui prirent part à la discussion, il y avait MM. Huber, de Rolland, Winckler, Saleilles, Lambert, Gény, Challamel, de Villefosse, Lefort, Gradenwitz.

(2) *Journal* du 4 août 1900, p. 3, 4 et 5. La Société de Lég. comparée, ne s'est pas encore livrée à cette étude.

sur des points plus accessoires. Les jurisconsultes qui les élaborent et qui sont tous animés du même désir de les simplifier, pourraient sans trop de difficulté parvenir à une entente.

M. Saleilles, au contraire, estime qu'on se mettra plus facilement d'accord sur des principes, sur des règles de fond que « chaque pays fera passer dans le moule traditionnel de sa législation » (1). « Les jurisprudences adopteront leur organisme particulier à la réalisation, diversifiée et nationalisée d'une même conception juridique universelle » (2). Cette pensée de M. Saleilles n'est que la conséquence de son système général de la recherche de l'idéal relalif, qui est un but commun à entrevoir et à atteindre par des moyens qui peuvent être différents.

Toutes ces opinions sont des probabilités qui peuvent être discutées, sans toutefois grand profit, et que les faits se chargeront d'élucider.

Il est aujourd'hui une question plus actuelle : c'est celle de la fusion du droit civil et du droit commercial. Avant de souhaiter l'uniformité des différentes législations civiles et des différentes législations commerciales, on commencerait par unifier ces deux législations. Il

---

(1) Rapport cité sur *Conception et objet de la Science du Droit comparé.*

(2) *Revue Trimestrielle de Droit civil*, art. cité, p. 110.

y aurait une unification interne avant l'unification externe.

En fait, la fusion complète existe en Suisse, à condition qu'on soit inscrit sur le registre de commerce.

La fusion est moins avancée dans le groupe allemand, mais elle l'est plus que dans le groupe latin, et surtout plus qu'en France. Nous avons vu que la faillite existait pour tous. Il n'y a pas de Tribunaux de Commerce, mais seulement des Chambres de Commerce. En Italie, en Hollande, en Angleterre et aux Etats-Unis..., il n'y a ni Tribunaux de Commerce, ni Chambres de Commerce. Les règles sont aussi très variables en matière de capacité pour le mineur et la femme mariée, pour la preuve, le gage, le taux de l'intérêt, les crimes de faux (1). Il n'y a donc rien de plus relatif que cette dualité de législation.

Faut-il souhaiter de la voir remplacée par une législation unique ? On l'a soutenu en s'appuyant sur l'égalité devant la loi et sur l'encouragement qu'une législation commerciale spéciale donne aux plaideurs de mauvaise foi ; mais l'égalité devant la loi importe peu : cet argument d'idéologie ne répond pas à la vraie question, qui est celle de savoir si la dualité de législation est bonne et si elle

---

(1) Voir : *Traité de Droit commercial,* par MM. LYON-CAEN et RENAULT, 2e édit., t. I, nos 45 à 74, et les *Annotations du Code de Commerce* de M. Émile COHENDY (codes PAULET).

se réclame de besoins différents. D'un autre côté, la possibilité pour des plaideurs de mauvaise foi de soulever une question d'incompétence n'a pas grande importance ; tout ce qu'elle peut prouver c'est que la loi a employé une méthode défectueuse pour indiquer les actes de commerce et les commerçants.

On invoquerait un meilleur argument général en disant qu'aujourd'hui la législation civile se réclame tout autant que la législation commerciale, des institutions qui reposent sur l'idée de crédit. En ce qui concerne l'agriculture (1) notamment, personne ne dirait plus ce que disait Louis XV : « Le crédit soutient l'agriculture comme la corde soutient le pendu. » Mais, à la vérité, il est impossible de donner à la solution du problème une réponse unique. Elle doit être examinée pour chaque point particulier.

Nous remarquerons seulement qu'au point de vue de notre droit français, la fusion des deux législations s'est accentuée en 1893 par la loi du 1er août, qui a déclaré commerciales les sociétés civiles à forme commerciale.

De plus, toutes les obligations peuvent prendre la

(1) A ce sujet, voir : *Paysans et Ouvriers depuis sept cents ans*, par le vicomte D'AVENEL, et aussi : *De l'Introduction des Matières coloniales, agricoles et industrielles dans l'Enseignement des Universités*, CAUDEL, *Revue Int.*, 1900, I, p. 144, et même *Revue*, 1901, II, p. 101 : MM. SILVESTRE, COURANT, FROIDEVAUX, etc...

forme commerciale, puisque les notaires peuvent donner ce caractère aux obligations à ordre.

En ce qui concerne les réformes possibles, nous remarquons que la loi du 10 juillet 1850 a rendu inutile la publicité du contrat de mariage en droit commercial, et il y aurait lieu d'unifier les deux législations.

On peut se demander enfin s'il ne serait pas souhaitable de voir étendre la capacité du mineur commerçant aux entreprises agricoles et de voir appliquer en matière civile le taux de l'intérêt en droit commercial.

SECTION III

Le Droit comparé législatif en matière de Droit criminel

Les crimes et les délits sont un mal pour la société ou mieux les sociétés. C'est un mal général dont la guérison est un problème universel. Il y a partout des assassinats, des meurtres, des vols..., comme aussi le vol est partout le vol, le meurtre et l'assassinat sont partout les mêmes. Il faut soigner partout une même maladie.

C'est ainsi que la question de la criminalité a été présentée par les philosophes du XVIIIe siècle « doctrinaires du droit naturel immuable et universel ». (1) Rousseau

---

(1) Rapport de MM. DEMOGUE et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE sur « les progrès du régime pénitentiaire ; de l'influence exercée par la comparaison des lois étrangères sur les modifications apportées au

avait posé la question de la légitimité du droit de punir : les philosophes et les criminalistes de tous les pays étudièrent après lui le fondement de la répression et un courant d'idées théoriques s'établit en Europe, développé surtout par Bentham et Feuerbach. De telle sorte qu'on a coutume d'envisager aujourd'hui le problème de la criminalité sous cet aspect international, d'abord parce qu'il est en thèse et en réalité, ensuite parce qu'il a été étudié ainsi en fait par les partisans du droit naturel.

En droit criminel, le droit commun législatif trouve donc, en apparence tout au moins, un aliment tout spécial : la criminologie. La question de la criminalité est la même pour tous ; elle repose sur « la connaissance de la nature, de l'origine, de l'importance sociale du crime et sur l'efficacité des moyens de lutte » (1), sur la connaissance de la nature humaine en ce qu'elle a de moins changeant et sur les besoins fondamentaux de la société » (2).

On conçoit en thèse que les diverses législations puissent s'accorder pour résoudre ce problème (3).

---

régime pénitentiaire sous ses formes diverses métropolitaines et coloniales ». *Bulletin de la soc. de Lég. comp.*, 1899-1900, p. 672.

(1) Rapport de M. Mittermaïer, p. 650 au *Bulletin* de 1900.

(2) Rapport de M. Le Poittevin, p. 8.

(3) Voir : *Des Principes sociologiques de la Criminologie*, par R. de la Grasserie, avec une préface de M. Lombroso, 1 vol. Giard et Brière.

Seulement en fait il y a divergence et diversité de solutions.

Il y a des conceptions différentes qui proviennent de philosophies différentes et les conceptions provoquent des institutions dissemblables. « En Allemagne, des auteurs accentuent davantage le côté social du crime (von Litz, docteur A. Bär, V. Mayr), d'autres, puissants et énergiques réformateurs accentuent le côté sciences naturelles (Kurella et la plupart des médecins ou des psychologues) » (1). Les différences sont encore plus accentuées entre pays différents. M. Mittermaïer en donne des exemples pour la théorie de la tentative et de la complicité. Il constate que ces deux théories sont dominées par la question de savoir si, pour punir, il faut s'attacher plutôt au fait matériel qu'à la volonté de l'agent. La loi allemande considère surtout le fait matériel ; aussi la tentative est-elle moins punie que l'infraction consommée et le juge doit avoir égard, dans la complicité, au mode extérieur de participation. En France, au contraire, la tentative criminelle et la complicité sont punies comme le crime lui-même, car la loi prend surtout en considération la volonté, c'est-à-dire l'individu (2).

Nous retombons ainsi en terrain litigieux, mais en

(1) Rapport de M. MITTERMAÏER, p. 653, au *Bulletin*.

(2) M. MITTERMAÏER, p. 656, au *Bulletin* de la Soc. de 1900.

terrain litigieux d'une nature spéciale. Le désaccord ne tient pas à une question de pays, mais à une question de philosophie : ce sont des controverses d'école qui sont surtout nettes entre l'école classique et l'école positiviste. Elles semblent aussi irréductibles que les divers éléments qui composent le caractère national et il n'y a guère de conciliations possibles entre elles aux points de vue philosophique et religieux.

Mais il est possible de trouver un terrain d'entente pour aboutir aux mêmes solutions pratiques : c'est celui de la politique criminelle, chose très ancienne, mais qui a été traitée avec beaucoup de finesse d'analyse dans ces derniers temps. Elle ne prétend pas tirer de conséquences absolument strictes et implacables de ces théories opposées et offre ainsi un terrain de conciliation (1).

C'est ainsi que les jurisprudences française et allemande, dont les législations sont en désaccord aux points de vue de la complicité de la tentative sont, en fait, à peu près conformes : elles punissent un criminel à raison du danger de son acte (2).

Pour démontrer la possibilité d'une entente, il faut séparer la question de la peine et celle de son

---

(1) Voir : *Journal du Congrès* du 3 août 1900, p. 3 et 4.

(2) C. J. M. Mittermaïer au *Bulletin*, p. 656 et 657.

application (1) qui comprend l'étude des mesures préventives et répressives contre le crime.

L'entente paraît se faire et se fait, en effet, pour les faits à incriminer ce qui est déjà énorme; on admet qu'il faut punir même les faits qui ne sont pas immoraux, s'ils sont nuisibles (2). On est d'accord pour que la peine soit amendante et intimidante; mais on est en désaccord quand il s'agit de fixer la mesure de la peine et la responsabilité du criminel. Les uns visent uniquement l'expiation, d'autres l'amendement, d'autres tiennent pour l'exemplarité (3), d'autres tiennent compte seulement de la responsabilité. C'est que le problème redevient ici philosophique. Ceux qui n'admettent pas le libre arbitre distinguent les tares sociales et les tares anthropologiques (4); ils distinguent les aliénés et les jeunes gens des adultes sains d'esprit et parmi ces derniers : les délinquants primaires, les récidivistes, les corrigibles et les incorrigibles; ils ne punissent pas les crimes passionnels (5) et les criminels qui ont l'excuse

---

(1) *Journal* du 2 août 1900, p. 6. Observation de M. Durand.

(2) *Journal* du 3 août 1900, p. 3. Observations de M. Garçon.

(3) *Journal* du 3 août, p. 4. Observation de M. Crakanthorpe.

(4) Les études statistiques tiennent compte des particularités des prisonniers. Les gardiens de prison doivent remplir pour chaque prisonnier un imprimé où ils constatent (système Bertillon) son origine, son éducation, sa situation pécuniaire. Le système Bertillon est exposé dans la thèse citée de M. Mannoury La Cour, p. 16.

(5) *Journal* du 3 août, p. 4. Observation de M. Garçon.

de la mauvaise éducation. Au contraire ceux qui sont partisans du libre arbitre punissent tous les crimes passionnels ou autres en raison de la faute plus ou moins grave de l'agent, ce qui ne les empêche pas de « se préoccuper aussi de la sauvegarde des institutions » (1).

Malgré cette différence d'opinion dans l'application et l'utilisation de la peine, si on ne se préoccupe pas de tirer toutes les conséquences des deux systèmes opposés, on peut se mettre d'accord sur un grand nombre de points.

En ce qui concerne les mesures préventives, tous les criminalistes admettent que la peine, pour les enfants âgés de 14 à 20 ans, doit être organisée avec un caractère éducatif prépondérant ; et ils estiment que la pratique devrait bien se mettre d'accord avec la théorie (2).

Tout le monde prescrit la lutte contre l'alcoolisme, la mendicité, le vagabondage et la prostitution. On encourage, contre le chômage, les bureaux de placement, les assurances ouvrières et l'assistance publique ; on souhaite un nombre plus considérable d'établissements de patronage pour recueillir les condamnés et leur faire

---

(1) *Journal* du 3 août, p. 3. Obs. de M. Le Poittevin.

(2) C. f. Rapport de M. Mittermaïer au *Bulletin*, p. 658.

obtenir des places. Les études des sciences sociales aident ainsi les travaux de la politique criminelle.

En ce qui concerne les mesures répressives, les criminalistes des deux écoles peuvent rechercher quel est le meilleur juge pour la répression, quel est le meilleur système de procédure pour arriver à la connaissance des circonstances du crime et de la responsabilité du criminel.

« Le terrain propre de la politique criminelle, dit M. Mittermaïer » (1), ce sont les moyens de lutte contre le crime. Et il le prouve en étudiant les questions des courtes peines privatives de liberté, des sentences indéterminées, de la caution de bonne conduite, de la suspension de l'exécution de la peine, des châtiments corporels (2). Aujourd'hui l'accord est presque définitif, dans les Etats civilisés, au point de vue de l'extradition ; d'un autre côté, nous avons vu comment ces Etats s'étaient imités pour la construction des prisons et le régime des prisonniers (3).

Il y a donc un grand nombre d'institutions pour lesquelles un droit commun législatif semble possible.

---

(1) Rap. cité au *Bulletin* de 1900, p. 663.

(2) Rap. cité, p. 665, 666 et 667.

(3) Il y a à ce sujet des Congrès pénitentiaires internationaux. Les résultats du 6e de ces Congrès sont indiqués par M. Henri JASPARD dans la *Revue de Droit international et de Lég. comparée*, 1901, p. 448.

Toutefois convient-il de tenir compte des différences qui ont pour cause la dualité de conceptions philosophiques que nous avons indiquées.

Nous devons faire remarquer aussi en terminant qu'il y a en droit criminel d'autres causes de diversités particulières. Certaines infractions peuvent être en corrélation plus ou moins étroite avec la forme du gouvernement, les libertés constitutionnelles, la législation économique (1). De même, chaque Etat, pour la sauvegarde de la société qu'il représente, réprimera, d'une façon spéciale, des manifestations antisociales, comme l'anarchisme et le nihilisme, dans la mesure où elles seront plus ou moins développées.

SECTION IV

Le droit commun législatif en matière de droit international privé

Les études de droit international privé sont connexes aux études de droit comparé ; elles ont la même matière première, qui est la connaissance des législations étrangères ; car, « pour résoudre le conflit des lois (2) dans l'espace et juger le procès engagé entre législations

---

(1) Rapport de M. LE POITTEVIN, p. 10.

(2) Certains auteurs estiment que le conflit des lois est l'unique objet du droit international privé ; d'autres pensent, avec raison,

émanées de souverainetés indépendantes, » comme pour pouvoir faire du droit comparé, il faut mettre en présence ces diverses législations, et les étudier, pour révéler leurs ressemblances et leurs divergences.

Qu'est-ce, en effet, qu'un conflit de lois ! Est-ce un conflit réel, un différend international ? Cette expression « belliqueuse » (1) vise-t-elle en réalité les chocs et les collisions entre souverainetés qui se rencontrent ? Il n'en est rien. Le conflit n'a pas lieu entre Etats qui se querellent à l'occasion de l'exercice de leur fonction législative ; il se produit « lorsqu'un litige renferme un élément étranger ; le juge est naturellement amené à se demander s'il ne doit pas appliquer une autre loi que la sienne, et diverses législations peuvent se disputer sa préférence ; c'est cette hésitation possible du juge, cette délibération d'où sortira sa décision, qui est tout le conflit (2) ». M. Aubry l'appelle spirituellement « une tempête sous un crâne (3) ». Mais cette tempête rapproche les législations rivales ; le juge doit les bien connaître

---

croyons-nous, que son domaine est plus vaste. Voir M. AUBRY, ouv. cité, p. 1, note 1, et p. 52. Tous sont d'accord pour reconnaitre que le conflit des lois en constitue la matière la plus importante.

(1) Le mot est de M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES.

(2) M. AUBRY, ouv. cité, p. 45.

(3) Ouv. cit. p. 46, note 1. BOULLENOIS le définissait : « Un combat intérieur, une indécision délibérée sur le choix. »

pour pouvoir délibérer sur le choix de celle qui aura sa préférence, et c'est ainsi que son étude préliminaire est la même que celle du jurisconsulte comparatiste.

Cette étude préliminaire constitue un travail d'attention sur les législations en présence qui précède la comparaison. Le juge du conflit peut s'arrêter là. Parfois, au contraire, il doit examiner, au cours de sa délibération, les rapports et les différences qui existent entre ces diverses dispositions et de véritables comparaisons s'imposent.

Ainsi (1), un texte de loi, ou, le plus souvent, la jurisprudence, peuvent prescrire d'appliquer dans un conflit entre le droit national et le droit étranger, la loi la plus favorable. L'art. 16 § 2 du Code civil allemand est en ce sens (2). Elles peuvent aussi prescrire qu'en principe le droit étranger est applicable, mais qu'on ne pourra pas faire valoir de droits plus étendus que ceux dont on pourrait se prévaloir d'après la législation du pays (Cf. C. civ. all. L. int., art. 12 et 21). Plus souvent, les législations portent la clause de réciprocité. Dans tous ces cas, pour connaître la loi la plus favorable, pour examiner si la *lex fori* comporte des droits plus étendus que la loi étrangère, pour se rendre compte de la réci-

(1) Exemple donné par M. ZITELMANN, dans son rapport cité, p. 2.

(2) M. ZITELMANN donne d'autres exemples dans son *Internationales Privarecht*. I. p. 317 et suiv.

procité qui peut ou non exister entre les deux législations, il faut nécessairement comparer.

Il en va de même lorsque le juge du conflit se trouve en présence d'une disposition étrangère contraire à l'ordre public de la *lex fori*. L'ordre public peut être en jeu sur des questions très diverses de justice, de morale, de religion, de famille, de propriété. Il représente, à côté de la part de contingence que le législateur admet dans son œuvre, la part de nécessité pour laquelle son intransigeance est absolue (1). Il est peut-être « le trait le plus caractéristique et le plus général des nouvelles écoles qui ont recueilli l'héritage des jurisconsultes statutaires (2). Il n'y a d'ailleurs pas de véritable critérium pour reconnaître « ce Protée », du nom d'ordre public qui se rencontre partout en matière de droit international privé, « comme le fil rouge qui parcourt le tissu tout

---

(1) M. AUBRY, ouv. cit., p. 81 et 91.

(2) M. AUBRY, p. 20. A propos de l'équivoque de terminologie produite par la qualification de « loi territoriale qui est donnée tour à tour à la *lex loci* (loi du pays où s'accomplissent des différents faits de notre existence juridique) et la *lex fori* (loi du territoire sur lequel s'élève le litige) qu'il a dénoncée et très habilement mise en relief, M. AUBRY fait remarquer que la confusion n'existait pas dans la pensée de presque tous nos anciens auteurs. Pour eux, en effet, il était admis que la *lex fori* ne pouvait jamais être appliquée comme telle dans un conflit, ce qui s'expliquait très bien à une époque où les conflits étaient surtout internes et s'élevaient de province à province.

entier » (1). M. Aubry montre comment les conceptions de M. de Vareilles-Sommières qui confond l'ordre public avec ce qu'il appelle la « loi naturelle » (2), de M. Bartin qui imagine des souverainetés en désaccord dans un conflit de lois (3), de M. Lainé qui ne voit dans l'ordre public qu'un élément de solution purement négatif (4), sont inexactes en soi, comment cependant, en fait, au moyen de multiples concessions, ces auteurs sont d'accord sur presque tous les points (5). Mais si la notion d'ordre public est ondoyante et diverse, toutes les fois que le juge du conflit la rencontre dans un cas déterminé (6), il doit l'appliquer ; son effet caractéristique est justement « d'établir une antithèse entre la loi du for et les lois étrangères (7) ». Pour rechercher, si la loi étrangère est contraire à la loi du for, le juge doit les étudier l'une et l'autre ; il les oppose, les examine et les

(1) Rapport de M. KAHN, p. 7.

(2) *Synthèse du dr. intern. privé*, t. I, p. 23 et *passim*, et *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, par M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES.

(3) *Etudes de dr. intern. privé. Les dispositions d'ordre public*, etc., notamment p. 217 et suiv.

(4) *Rev. crit. de lég. et de jurisp.*, 1900, p. 358 et suiv.

(5) M. AUBRY, ouv. cité, p. 65 à 98.

(6) Par exemple, en matière de propriété pour les questions relatives aux établissements dangereux, incommodes ou insalubres, à la voirie, à l'expropriation pour cause d'utilité publique, aux servitudes légales, etc...

(7) M. AUBRY, ouv. cité, p. 32 et 33.

rapproche jusqu'à ce qu'il se soit formé sa conviction. Ce faisant, il ne se livre pas à un travail qui ressemble à celui du droit comparé scientifique, du droit comparé accessoire ou du droit commun législatif; il compare seulement sur un point particulier : celui de savoir si la loi étrangère trouve dans la *lex fori* un obstacle à son application. Il fait ainsi du droit comparé d'une façon nouvelle, en poursuivant un but différent que ceux que nous avons analysés jusqu'ici, par un travail d'intelligence sur les deux concepts en présence qui a son intérêt particulier (1).

Il y a donc différentes causes de dépendances entre le droit comparé et le droit international privé. Mais elles n'ont pas, par elles-mêmes, d'influence directe sur la formation d'un droit commun en matière de droit international privé ; si elles exigent un travail de comparaison, elles n'ont pas pour résultat se rapprocher les diverses législations.

La question du droit commun est une question à côté, spéciale. Elle a d'ailleurs la plus grande importance. L'harmonie universelle des conflits dans le monde civilisé est considérée à juste titre comme l'idéal du droit

---

(1) M. ZITELMANN indique aussi dans son rapport, ce cas particulier de comparaison. Il le désigne sous le nom de clause de réserve et emploie, pour le caractériser, la disposition de l'art. 30 de la loi d'introduction au code civ. allemand. Rapport cité, p. 2.

international privé (1). C'est l'idéal que Savigny désignait sous le nom de communauté de droit et qui est conçu au point de vue de l'espace et au point de vue du temps. S'il était réalisé le droit international privé serait le droit des conflits devenus communs. Ainsi, à supposer que dans un cas déterminé, il ait été convenu d'appliquer la loi belge, cette loi devrait être appliquée partout et toujours dans les pays civilisés.

On est aujourd'hui d'accord pour la position de la question et pour apprécier l'état actuel de son évolution. « Les nations civilisées, écrivait, en 1880, M. Harrison (2), dans un article pourtant très hostile aux spéculations doctrinales, ont, en fait, adopté, dans une très large mesure, des principes communs et une pratique identique » (3). Depuis 1880, elles continuent cette assimilation progressive qui amènera, dans un avenir peut-être peu éloigné, l'harmonie universelle dans la solution des conflits.

Au Congrès international de droit comparé, sur la question de l'exécution des jugements étrangers qui fut

---

(1) Si ce droit commun était réalisé, le droit international privé, sans mériter complètement son nom, le mériterait cependant mieux, si on l'envisage en ce sens, qui ne lui est d'ailleurs pas spécial, qu'il est international à raison de son application.

Voir à ce sujet la remarque de M. Aubry, ouv. cité, p. 58, note 1.

(2) Clunet, 1880, p. 549.

(3) M. Aubry, ouv. cité, p. 47.

soumise à la Section de droit international privé, question d'une importance pratique considérable, l'accord se fit assez facilement. M. Saleilles indique, dans son compte rendu des travaux du Congrès (1), que la Section a adopté toute une série de résolutions importantes, jusqu'à sept ; on en trouvera le texte quand la Société de Législation comparée publiera les résultats du Congrès.

Toutefois, M. Gaudemet fait remarquer que les jurisconsultes ne purent s'entendre complètement, au point de vue de la question du renvoi et de celle de l'application de la loi étrangère par les différentes souverainetés (2).

En ce qui concerne, au contraire, la question de savoir comment il sera possible d'arriver, par le chemin le plus court, à la réalisation de cet idéal rêvé, les avis se partagent et la discussion n'est pas close.

Deux systèmes qui sont pourtant opposés, ceux de M. Harrison et de M. Pillet (3), reposent sur cette même idée que la communauté de droit a sa source dans l'obligation des Etats de consacrer, les uns envers les autres, dans une mesure plus ou moins large, les mêmes solutions. M. Aubry, qui expose ces deux systèmes, les

---

(1) *Journal* du 11 août, p. 8.

(2) Rapport de M. GAUDEMET, p. 2 et 3.

(3) *Rev. gén. de dr. intern. pr.* 1892, p. 107 et suiv.. 131 not.

réfute victorieusement (1). Il établit qu'il n'y a point, entre les Etats, d'obligation internationale à adopter les mêmes principes de solution ; il n'y a, en droit international privé, à guider le législateur dans son œuvre, que des raisons de nécessité ou de convenance, comme en toute autre matière.

Pour M. Aubry, le véritable fondement de la communauté de droit est « l'intérêt bien compris des individus eux-mêmes » (2). « Une fois l'existence nationale assurée, dit-il, le premier intérêt d'une nation est d'être juste, libérale, bienveillante et accueillante pour tous. C'est là, et là seulement, que se trouve pour elle le principe de toute grandeur morale comme de toute richesse, de toute activité progressive » (3). Ce sont d'ailleurs « des intérêts individuels que le droit international privé réglemente, et, si tel est l'objet de ses règles, tel doit être aussi leur fondement en ce sens que celles-ci ne sont opportunes et légitimes que dans la mesure où elles conviendront à ceux-là » (4).

Nous acceptons d'autant plus volontiers ce critérium qu'il est l'application, en droit international privé, de l'idée générale qui nous a guidé dans cette étude.

---

(1) M. Aubry, ouv. cité, p. 47 et suiv.

(2) M. Aubry, ouv. cité, p. 54.

(3) M. Aubry, ouv. cité, p. 51 et 52.

(4) M. Aubry, ouv. cité, p. 54.

Il a, d'ailleurs, cette utilité particulière, en notre matière, « de montrer qu'il faut faire abstraction, dans le problème des conflits, de l'intérêt des Etats étrangers, en tant qu'il peut s'opposer à celui des individus » (1). M. Aubry a montré, à propos de l'ordre public, que cette précision n'est pas superflue.

Ce critérium n'est pas plus vague que tant d'autres que l'on a déjà préposé, en s'attachant à l'idée de souveraineté territoriale limitée par le statut personnel, à l'idée de souveraineté nationale tempérée par l'ordre public, à l'idée de localisation des rapports de droit, à l'idée de but, etc... Il suffit à justifier les conquêtes réalisées et à réaliser pour arriver à l'harmonie désirée de la communauté de droit (2).

Malheureusement, il n'est pas encore admis par tous, et, le désaccord que nous avons signalé à ce sujet, se poursuit, dans une question voisine et très importante, au point de vue de la méthode à employer en droit international privé.

Il est très marqué dans les rapports qui ont été déposés au Congrès (3).

MM. Kahn et Chausse expliquent que, jusqu'à pré-

---

(1) M. Aubry, ouv. cité, p. 55.

(2) M. Aubry, ouv. cité, p. 55 et suiv.

(3) Ces rapports sont ceux de MM. Kahn, Chausse, Lainé e Zitelmann. M. Gaudemet a fait, sur ces travaux préparatoires, un

sent, pour l'élaboration des règles de conflit, deux méthodes sont en présence : la méthode nationale et la méthode internationale. Celle-ci cherche à constituer des règles de conflits générales ; la méthode nationale, au contraire, ne voit dans les lois de conflits que de simples lois internes. Entre ces deux doctrines exagérées, disent-ils, ils placent la méthode de droit comparé qui permet assez facilement de grouper les diverses législations suivant leurs affinités. Ces groupements formeront une internationalité partielle, qui pourra d'ailleurs varier selon les institutions à réglementer (1).

M. Lainé consteste ces propositions. Sa critique, constate M. Gaudemet (2), se résume en deux idées : 1° Le droit comparé, en droit international privé, n'est pas une méthode ; 2° le droit comparé joue un certain rôle dans la formation ou l'application des lois de conflit ;

---

rapport général. Il en résulte que deux questions furent traitées en droit international privé : 1° Quelle est l'utilité de la comparaison des règles diverses de conflits de lois ? 2° Quelle est, au point de vue de l'élaboration ou de la mise en œuvre des règles de conflit, l'utilité de la comparaison des législations internes ? La question de méthode que nous traitons rentre dans cette deuxième question.

(1) Rapport de M. KAHN, p. 9; rapport de M. CHAUSSE, p. 4.

(2) Nous ne connaissons du rapport de M. LAINÉ que ce qu'en dit M. GAUDEMET. Le rapport de M. LAINÉ n'a pas été distribué aux membres du Congrès ; il n'a été publié, à notre connaissance, dans aucune Revue.

mais ce rôle est infiniment plus restreint que ne l'a soutenu M. Kahn.

M. Lainé distingue, pour le déterminer, l'œuvre du juriconsulte théoricien, celle du législateur et celle du juge.

Pour le jurisconsulte théoricien qui recherche la meilleure règle d'un conflit de lois, l'intervention du droit comparé, à son avis, n'est pas nécessaire. Les conflits de lois se règlent, non d'après le détail du contenu, ou le mérite respectif des lois en présence, mais d'après la nature du rapport juridique auquel elles s'appliquent ; et la détermination de ce rapport n'est pas question de droit comparé, mais bien de philosophie du droit (1).

En principe, le droit comparé n'est pas plus nécessaire au législateur qui édicte une règle de conflit, à l'exception, toutefois, du cas où la règle est écrite dans un traité ; dans l'hypothèse d'une convention qui implique généralement des concessions réciproques, chaque partie contractante doit étudier le contenu des lois étrangères que le traité déclare applicable sur le territoire national.

Enfin le juge doit connaitre les lois étrangères, mais seulement quand le droit international privé lui commande de les appliquer (2).

---

(1) M. Aubry, ouv. cité, p. 90, est implicitement de cet avis.

(2) Rapport de M. Gaudemet, p. 5 et 6.

La section de droit international privé s'est préoccupée de cette opposition de vues qui s'est manifestée dans les travaux préparatoires. M. Saleilles constate qu'elle n'a pas conclu ; que cependant la méthode classique, qui consiste à demander le règlement des conflits aux principes à tendance universelle tirés des déductions rationnelles, a paru la seule qui dût rester encore le fondement du droit international privé (1).

C'est aussi notre avis. Pour nous, il ne peut exister, en droit international privé, qu'une méthode nationale ou une méthode internationale : il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée. Et la vraie méthode est la méthode internationale puisque le but du droit international privé est d'arriver à réaliser des règles de conflits générales dans le monde civilisé.

Ainsi, pour nous résumer, nous avons apprécié des causes importantes de dépendance entre le droit international privé et le droit comparé. Mais, sur le terrain de la communauté de droit, nous n'avons pas trouvé d'unité de direction dans la marche à suivre ; nous n'en avons pas trouvé davantage, à un autre point de vue,

---

(1) *Journal* du 11 août 1900, p. 7. Toutefois, M. SALEILLES ajoute qu'il n'a pas paru impossible de combiner cette méthode déductive avec une méthode positive d'observation qui puiserait ses éléments dans le droit comparé et qui marquerait une tendance à l'universalité.

au sujet de la méthode à employer. Pour ces deux questions capitales les discussions ne sont pas closes, et s'il n'y fait pas nuit, il ne semble pas, que, pour tous, il y fasse encore jour.

CONCLUSION

Si nous réunissons toutes les variétés de droit comparé nous remarquons que son œuvre totale consiste : pour le passé à montrer la série des modifications successives du droit ; pour le présent à adapter les législations à l'évolution progressive de la vie sociale ; pour l'avenir à former un droit commun législatif.

Si ces variétés se distinguent en ce sens qu'elles ont chacune une mission spéciale qui les caractérise, elles se ressemblent en ce sens qu'elles sont toutes une manifestation de la comparaison dans le domaine du droit (1) dans le but de l'éclairer, de le simplifier, de l'unifier, de l'améliorer en un mot.

Les jurisconsultes qui s'occupent de ces questions n'ont, en effet, qu'un seul but : perfectionner le droit. Si on les accuse de vouloir construire un rêve irréalisable

---

(1) Le droit scientifique compare les différentes législations dans leur histoire et leur évolution ; le droit accessoire compare la législation nationale à une ou plusieurs législations étrangères ; l'idéal relatif de M. Saleilles se dégage de la comparaison des législations ; le droit commun législatif de M. Lambert ne peut s'élaborer que par l'étude et le rapprochement des divers systèmes juridiques. Qu'on entreprenne l'un ou l'autre de ces travaux, leur point d'appui sera toujours une comparaison dans le temps ou dans l'espace.

et de pure chimère, en vertu d'idées à priori, un peu comme un savant qui fait de l'art pour de l'art pour s'excercer à tracer de belles lignes idéales, c'est qu'on ne connaît pas leur pensée.

Ils veulent faire un travail utile et, pour cela, ils ne s'appuient pas sur des systèmes mais sur des faits, c'est-à-dire sur les législations anciennes et actuelles, sur l'histoire et l'évolution des sociétés (1) ; ce sont ces faits juridiques et sociaux qu'ils observent, amassent, groupent et analysent ; c'est par leur étude qu'ils peuvent ressusciter le passé et tirer pour le présent et l'avenir de précieux enseignements. Lorsqu'une science sert à la recherche, à la justification, à la critique et par suite à l'amélioration des lois humaines, sa mission est déjà belle ; elle est d'une utilité générale.

Actuellement les jurisconsultes dont nous avons étudié l'œuvre ont fait revivre les législations anciennes ; ils ont donné des études remarquables d'archéologie juridique. Au point de vue pratique ils ont contribué à l'amélioration des législations nationales par les législations étrangères : c'est un point acquis. Au point de

---

(1) Ils se font l'écho des tendances contemporaines. « A ce sujet : « *Les Problèmes politiques et sociaux à la fin du* XIXe *siècle*. Edouard DRIAULT. Paris, Alcan, 1900. « *La notion du droit positif à la veille du* XXe *siècle* », par M. GÉNY. *Le progrès social à la fin du* XIXe *siècle*, par le comte Louis SKARZYNSKI. Paris, Alcan, 1901.

vue du droit commun législatif ils contribuent au rapprochement des législations latines et germaniques, à la simplification et à l'unité du droit.

Leur grand mérite est de former un nouveau droit commun rationnel qui peut toujours exister derrière tout droit positif. Ce droit s'élabore tous les jours par l'ensemble des travaux qui lui sont consacrés : ceux de M. Saleilles, comme ceux de M. Lambert et des autres jurisconsultes qui se sont dévoués à cette tâche dans l'ensemble des pays civilisés. L'œuvre de ces jurisconsultes est analogue à celle de nos grands juriconsultes coutumiers. Elle se divulgue dans les revues et les recueils internationaux ; chacun y collabore du moment qu'il réussit à faire adopter par toutes les doctrines un principe de droit qui devient un idéal commun. Le jour, où, par suite d'adhésions successives, on arrivera à se mettre d'accord sur l'ensemble des principes juridiques, le droit commun rationnel sera formé. M. Saleilles est heureux de constater que « déjà il commence à se fonder et il se fonde, dans la tige et dans la feuille, dans des œuvres de pratique et dans des recueils judiciaires, par des citations d'auteurs étrangers et des renvois aux pandectistes allemands ou aux grands jurisconsultes italiens » (1). Dès lors, il pourra surtout (2), comme il le

---

(1) Journal du 11 Août, p. 6.

(2) M. Aubry, op. cité, p, 53, exprime la même idée : C'est ce droit

peut déjà, au fur et à mesure, qu'il se forme, servir de modèle aux législations et aux jurisprudences qui se façonneront sur lui.

Les jurisconsultes « en prenant leur appui dans les faits les devancent ainsi ; à leur tour, ils pourront, par leurs théories, les dominer et les diriger » (1). Leurs études seront écoutées et leurs doctrines imitées « comme autrefois les coutumes de Lorris furent suivies dans le domaine royal et en Champagne ; comme les lois municipales de Cologne le furent par presque toutes les villes du Rhin (Schulte : Histoire du droit allemand (2) ; comme le droit de Lubeck servit de modèle à celui du Holstein et du Schleswig et à ceux d'une grande partie des villes de la Baltique ; comme le droit de Magdebourg qui fut pareillement copié et développé aussi par Halte, Leipsick, Breslau et autres villes sœurs et se répandit delà en Sibérie, en Bohême, en Pologne, en Moravie, de sorte qu'il fut à peu près suivi dans l'Est » (3) ; surtout comme le droit commun coutumier formé en France par Dumoulin, Guy Coquille,

---

rationnel qu'il faudrait tout d'abord conduire à l'unité, par un effort persistant d'analyse et de synthèse, afin que les législations et les jurisprudences diverses puissent se modeler sur lui. »

(1) C. j. M. AUBRY. *Op. cit.*, p. 53.

(2) Cité par M. TARDE dans : *Les lois de l'Imitation*.

(3) « Une idée ou un besoin une fois lancés, tendent toujours à se répandre davantage ». TARDE. *Ouv. cit.*, p. 131.

Loisel, etc.... en Allemagne par Hermann Conring, Beyer, etc...

De sorte qu'aujourd'hui les législations qui avaient encore tendance à prendre pour idéal le droit romain, vont avoir, comme nouvel idéal, ce droit rationnel spécial. Le droit romain est un droit suranné qui peut surtout servir à démontrer des évolutions juridiques ; l'idéal nouveau est un droit actuel formé des évolutions sociales et en harmonie avec elles ; il résulte de législations que nous connaissons, ou que nous connaîtrons mieux que la législation romaine dont les origines sont plus ou moins des fables.

On peut dire ainsi que, dans l'avenir, les études de droit comparé sont appelées à prendre une importance de plus en plus considérable.

Elles ont déjà, dans l'ensemble de leurs variétés, suivant la manière de les envisager de chaque professeur, leur place marquée dans l'enseignement (1) ; elles en auront sans doute une plus importante encore. M. Lambert le réclame pour le droit commun législatif dans son étude sur la « réforme nécessaire des études de droit civil » et dans le rapport qu'il a déposé au

(1) Voir à ce sujet : E. Lelong : « *Les Sciences auxiliaires de l'histoire du droit* » dans : *Revue internationale de l'Enseignement* t. I., 1900. p. 5 et 6.

Congrès. Toute la fin de ce rapport est consacrée à cette question.

Ces études tendent au rapprochement des facultés de droit et des autres facultés, notamment des facultés des Lettres (1). Il y a, à ce sujet, toute une série de propositions et de tentatives qui ont été faites (2). Elles reposent sur cette idée « qu'il ne faut pas d'isolement scientifique entre hommes qui poursuivent le même but » (3).

La même idée a fait penser à créer des rapports entre les universités des divers pays et entre les professeurs de ces diverses universités ; à faire rédiger les programmes des universités d'assez bonne heure, pour

---

(1) Si les philosophes peuvent être utiles aux juristes, ceux-ci peuvent être aussi très utiles aux philosophes. A ce sujet : RÉVILLOUT. *Revue internationale de l'Enseignement*, 1900, t., p. 533.

(2) On consultera avec fruit les études suivantes :

« Rapports à établir entre les Facultés des Lettres et les Facultés de droit par M. Saleilles. *Revue internationale de l'Enseignement*, 1900, t. I., p. 241 ; « Des rapports entre les Universités des divers pays et les professeurs de ces diverses universités ; des institutions propres à les favoriser ; d'une union internationale des membres de l'enseignement supérieur. » Même revue, p. 250 ; « Création dans les Universités françaises d'une année préparatoire commune aux futurs étudiants des facultés de droit et des facultés des Lettres » par J. TOUTAIN. Même revue, p. 206.

(3) M. SALEILLES. Op. cité. *Revue internationale de l'Enseignement* 1900, t, I., p. 248.

que les étudiants étrangers en aient connaissance en temps utile ; à organiser un bureau international des universités chargé de centraliser et de répandre tous les renseignements et programmes publiés par les universités des différents pays (1).

Il va ainsi se produire, d'une part entre les diverses Facultés d'une même Université (2), d'autre part entre les Universités des différents pays, un travail de rapprochement qui est appelé à donner d'importants résultats.

C'est que le droit comparé, par suite du travail général qui s'entreprend et du « besoin d'inventer et de découvrir qui se développe comme tout autre en se satisfaisant (3) », tend à s'exercer de plus en plus dans toutes

---

(1) Vœu adopté au Congrès international d'enseignement supérieur, Séance générale du 4 août 1900. Dans : *Revue internationale de l'Enseignement*, 1900, t. II, p. 548. M. Vaschide propose d'établir ces communications entre universités sous trois formes : 1° Echange des publications ; 2° équivalence des diplômes ; 3° échange des professeurs. Même revue, p. 539.

Un vœu analogue pour se procurer les textes des lois en vigueur dans les divers pays et favoriser sur certaines matières l'uniformité des législations, fut émis au Congrès international de Droit comparé. *Journal du Congrès* du 11 août, p. 10.

(2) Vœu adopté au Congr. Intern. d'Enseignement Supérieur. dans *Rev. Int. Enseig*[t], 1900, t. II, p. 536.

(3) M. Tarde. *Les Lois de l'Imitation*, p. 49. Ce besoin d'inventer peut se combiner avec un autre besoin : celui d'agir sur l'esprit d'autrui, de plaire à autrui, de l'attirer, de l'entraîner. M. Petit de Julleville dit qu'il est très marqué au fond de l'esprit français, *Histoire de la Langue et de la Littérature Française*, tome VIII, p. 904.

les législations et dans les domaines voisins de celui du droit.

Il semble qu'il sera ainsi une cause importante de progrès, car « le progrès est une espèce de méditation collective et sans cerveau propre, mais rendue possible par la solidarité des cerveaux multiples d'inventeurs et de savants qui échangent leurs découvertes successives (1) ».

A un point de vue particulier, il pourra présenter une très haute utilité, en ce qu'il fait de l'élément technique des différentes législations un objet d'étude. M. Zitelmann qui fait cette remarque constate qu'il nous manque de plus en plus une science de la technique législative. Il signale quelques-unes des questions à prendre en considération. « Dans quelle mesure un code doit-il contenir des dispositions de principes ? Jusqu'à quel point doit-il entrer dans la casuistique des espèces ? Doit-il prévoir certains cas principaux et laisser à la jurisprudence le soin de raisonner par analogie, ou bien doit-il s'exprimer autant qne possible par formules générales, de telle sorte que les applications particulières puissent en ressortir par voie de déduction (2), etc. »

« Tout ce qui pourra être fait dans cette direction, sera d'une haute importance pour les grands travaux de

---

(1) M. TARDE. *Les Lois de l'Imitation.* p. 167.

(2) Rap. cité p. 8 et 9.

codification, qui seront certainement l'œuvre du siècle nouveau (1) »

En ce qui concerne la réalisation du droit commun législatif, on comprendra mieux sa possibilité quand il aura donné quelques résultats. Il en est qui sont tout proches. Le livre de M. Lambert (2) fera sans doute connaître les institutions semblables et les points de contact qui existent, dans la matière des successions, entre les différentes législations ou, tout au moins, entre les divers groupes de législations. Par là, nous pourrons apprécier ce point particulier. A la vérité, le droit commun législatif semble encore habiter dans les lointains... « L'abondance des textes et la multiplicité des langues sont des obstacles qui ne peuvent être surmontés qu'au prix de longs efforts. Mais rien ne saurait arrêter le mouvement de la science (3). » De plus, à un autre point de vue, il n'est peut-être pas impossible que la réalisation du droit commun soit précipité un jour, au moins pour certaines institutions, par suite de l'union

---

(1) Rapport de M. Zitelmann, p. 10.

(2) Ouv. cité sur les « *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé* » (sous presse).

(3) M. Dareste. « *Etudes d'histoire du droit* », Paris, 1889, p. 8.

M. Durkeim, dans ses « *Études de science sociale* » (*Revue Philos.*, 1886, T. 2., p. 61), dit aussi : « L'organisation d'une science ne s'improvise pas ; elle se fait d'elle-même au jour le jour et résulte, en général, de longs et laborieux tâtonnements. Tout ce qu'on peut faire, c'est prendre de temps en temps conscience des résultats obtenus ».

des peuples civilisés contre ce qu'on appelle le péril jaune et le péril noir, ou encore, plus vraisemblablement, par suite de leur union contre l'anarchisme. Des groupes de nations et de gouvernements pourront aussi se solidariser pour ou contre le socialisme.

En tout cas, ce droit commun législatif se développera de plus en plus, car, en fait, toutes les conceptions y mènent : celle du droit accessoire et celle de M. Saleilles comme celle de M. Lambert. On ne peut que féliciter ceux qui entreprennent cette tâche, car le droit commun est pour eux une vérité entrevue et pressentie, et ils estiment, selon la belle parole de M. Beaudoin, que « l'idéal est la seule raison de la vie, puisque, dans notre petite vie d'un jour, seul un grand rêve peut faire entrer l'éternité (1) ».

Vu :

Le Doyen,

G. DE CAQUERAY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

A. THAMIN.

---

(1) Séance de rentrée de 1899 à l'Université de Grenoble. Discours de M. Edouard BEAUDOUIN. Compte rendu de la séance p. 145. Cité dans un article de M. SALLEILLES sur « Edouard Beaudouin, *Revue Internat. de l'Enseig.*, 1900, p. 310.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT 1

PREMIÈRE PARTIE

GÉNÉRALITÉS 5

TITRE I. — Le Droit comparé chez les Grecs et les Romains 11

TITRE II. — Le Droit comparé dans l'histoire du Droit français et des Législations étrangères 17

CHAPITRE I. — Travail de fusion générale jusqu'à la formation des Etats modernes 17

CHAPITRE II. — Le Droit comparé interne après la formation des Etats modernes 29

Section I. — Formation du Droit commun législatif interne en France 33

I. Rôle du Droit romain 33

II. Rôle du Droit canonique 35

III. Rôle du Droit coutumier 36

IV. Conclusion 45

Section II. — Formation du Droit commun législatif interne à l'étranger 47

I. Italie 48

II. Espagne 51

III. Portugal 52
IV. Allemagne 53
V. Angleterre 56
Appendice 59

Chapitre III. — Droit comparé externe 62

TITRE III. — Le Droit comparé dans les temps modernes 71

Chapitre I. — Son évolution jusqu'à la réunion du Congrès 71

Section I. — Naissance du Droit historique 71

Section II. — Développement du Droit comparé externe 73

Chapitre II. — Œuvre du Congrès 80

DEUXIÈME PARTIE

Exposé des conceptions actuelles de Droit comparé

GÉNÉRALITÉS 85

I. *Le Droit comparé scientifique*

Chapitre I. — L'idée sur laquelle il repose 87

Chapitre II. — Objet du Droit comparé scientifique .. 93

Section I. — Conceptions de MM. Tarde, de la Grasserie, Lambert, Zitelmann et Kovalewsky 93

Section II. — Conception de M. Saleilles 97

Chapitre III. — Applications du Droit comparé scientifique 105

Section I. — Ses résultats dans le premier groupe de conceptions.................. 105

I. Quelques résultats des études d'archéologie juridique sur le Droit lui-même.. 106

II. Des résultats possibles du droit comparé scientifique au point de vue du droit mondial.................... 109

Section II. — Résultats de la conception de M. Saleilles............................ 112

II. *Droit accessoire*

CHAPITRE I. — Définition du Droit accessoire. Ce qu'il suppose. De son rôle dans l'élaboration du Droit.................. 115

CHAPITRE II. — Comment le Droit comparé accessoire doit réaliser et réalise sa fonction de perfectionnement du Droit national........................... 122

Section I. — Rôle de la doctrine en raison........ 123

I. De la connaissance des Législations étrangères............................ 124

II. De la connaissance du mieux en matière d'institutions juridiques.......... 127

III. Du greffage de l'institution étrangère sur Droit national.................... 129

Section II. — Rôle de la doctrine en fait.......... 132

Section III. — Adoption de la loi étrangère par la jurisprudence.................... 138

Section IV. — Adoption de la loi étrangère par la loi nationale..................... 144

I. En droit public.... 145
II. En droit privé.... 148
En droit civil.... 148
En droit commercial et industriel.... 152
En droit pénal.... 155

APPENDICE. — Seconde conception du Droit comparé accessoire.... 159

III. *Droit commun législatif externe*

CHAPITRE I. — Généralités.... 163
Section I. — La conception de M. Lambert.... 163
Section II. — Sa possibilité de réalisation.... 168
CHAPITRE II. — Applications du Droit commun législatif externe.... 179
Section I. — Le Droit commun législatif en matière de Droit commercial et industriel. 182
Section II. — Le Droit commun législatif en matière de Droit civil et de procédure.... 195
Section III. — Le Droit commun législatif en matière de Droit criminel.... 205
Section IV. — Le Droit commun législatif en matière de Droit international privé.... 212

CONCLUSION.... 227

Nantes, imp. R. GUIST'HAU, A. DUGAS, Succr, 5, quai Cassard





